

TESIS DOCTORAL

El Principio de legalidad en el derecho penal internacional

Autor:

Rodrigo Ignacio Lledó Vázquez

Directora:

Carmen Lamarca Pérez

Tutora:

Carmen Lamarca Pérez

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL,
PROCESAL E HISTORIA DEL DERECHO**

Getafe, diciembre de 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

(a entregar en la Oficina de Posgrado, una vez nombrado el Tribunal evaluador , para preparar el documento para la defensa de la tesis)

TESIS DOCTORAL

El principio de legalidad en el derecho penal internacional

Autor: Rodrigo Ignacio Lledó Vázquez

Directora: Carmen Lamarca Pérez

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

ÍNDICE.....	i
-------------	---

INTRODUCCIÓN.....	x
-------------------	---

PRIMERA PARTE

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

CAPÍTULO I

Antecedentes sobre los orígenes y evolución del principio de legalidad

1. Planteamiento.....	2
2. Antecedentes Remotos.....	3
3. Antecedentes Inmediatos.....	7
4. Consagración normativa y evolución dogmática posterior.....	12

CAPÍTULO II

Los significados del principio de legalidad

1. Significado político.....	17
2. Significado jurídico penal.....	21
3. La conjugación de ambos significados.....	26
4. Las distintas relaciones del principio de legalidad penal.....	27

CAPÍTULO III

Los fundamentos del principio de legalidad

1.	Planteamiento.....	29
2.	Los fundamentos.....	30
2.1.	La prevención del delito.....	30
2.2.	El principio de culpabilidad.....	32
2.3.-	La exigencia de certeza o seguridad jurídica.....	35
2.4.	La previsibilidad de la reacción estatal como elemento fundamental del ideal de seguridad jurídica.....	36
2.5.	La interdicción de la arbitrariedad estatal.....	38
2.6.	La protección de la confianza.....	40
2.7.	La sujeción a la ley como garantía de objetividad.....	42
2.8.	Un fundamento político para el significado político.....	44
2.9.	Fundamento tutelar del ciudadano.....	48
3.	La combinación de fundamentos.....	50
3.1.	Fundamento político y Fundamento jurídico penal (Prevención del delito)..	50
3.2.	Fundamento político, jurídico penal y tutela o garantía.....	51
3.3.	Sujeción a la ley como garantía de objetividad.....	52
3.4.	Previsibilidad, confianza y transparencia del poder punitivo.....	52
3.5.	Los cuatro fundamentos de ROXIN.....	53
3.5.1.	El Liberalismo político.....	53
3.5.2.	Democracia y separación de poderes.....	54
3.5.3.	Prevención general.....	55
3.5.4.	El principio de culpabilidad.....	55
4.	Significados y fundamentos del Principio de legalidad. El límite al poder (penal)	56

CAPÍTULO IV

El Principio de legalidad en el Derecho positivo interno

1.	Las garantías.....	58
2.	Los elementos materiales.....	60
2.1.	Reserva de ley o <i>lex scripta</i>	61
2.2.	Irretroactividad de la ley penal o <i>lex praevia</i>	63
2.3.	Prohibición de la analogía o <i>lex stricta</i>	65
2.4.	Mandato de taxatividad o <i>lex certa</i>	68
3.	El elemento formal o democrático.....	71

SEGUNDA PARTE

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO, EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Planteamiento.....	75
--------------------	----

CAPÍTULO V

Una aproximación al principio de legalidad en el derecho comparado

1. Sistema codificado continental.....	78
2. <i>Common law</i>	80
2.1. El <i>common law</i> británico.....	80
2.2. El <i>common law</i> de Estados Unidos.....	81
3. Países Islámicos.....	82
4. Otros Sistemas Jurídicos.....	82
5. Análisis comparativo entre el <i>common law</i> y el <i>civil law</i>	83
5.1. <i>Lex Scripta</i>	83
5.2. <i>Lex Certa</i>	85

5.3. <i>Lex Stricta</i>	85
5.4. <i>Lex Praevia</i>	86
6. La evolución del <i>common law</i>	87

CAPÍTULO VI

La internacionalización del principio de legalidad

1. Antecedentes.....	89
2. El principio de legalidad en la Declaración Universal.....	93
3. El principio de legalidad en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos...99	
4. El principio de legalidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	101
4.1. La adopción del Convenio Europeo.....	101
4.2. La remisión del Convenio Europeo a la Declaración Universal.....	103
4.3. Las enmiendas de Suecia y Luxemburgo.....	105
4.4. La enmienda del Reino Unido.....	107
4.5. La adopción del texto definitivo.....	109
5. El principio de legalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos....	110

CAPÍTULO VII

Sobre el Derecho Penal Internacional

1. Denominaciones y contenido.....	113
2. Concepto y estructura.....	117
3. Sobre el <i>ius puniendi</i> y sus limitaciones provenientes del derecho internacional....	121
3.1. Antecedentes.....	121
3.2. Las auto-restricciones de la soberanía y del poder penal.....	122
3.3. La evolución de la soberanía en el plano internacional.....	126
3.4. La tensión entre los viejos y los nuevos paradigmas.....	128
3.5. La conceptualización de un <i>ius puniendi</i> internacional.....	130

CAPÍTULO VIII

La evolución del derecho penal internacional, desde la perspectiva del principio de Legalidad

1. Planteamiento.....	132
2. Antecedentes previos al Tribunal de Núremberg.....	133
3. El Tribunal de Núremberg.....	139
3.1. Implementación.....	139
3.2. El Estatuto.....	141
3.3. Juicio y sentencia.....	143
3.4. Críticas sobre el Juicio de Núremberg.....	145
3.5. Comentarios.....	147
4. El Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente.....	149
5. Postguerra y Guerra Fría.....	151
5.1. Los esfuerzos por la codificación del derecho penal internacional.....	151
5.1.1. Iniciativas Privadas.....	152
5.1.2. Iniciativas Oficiales.....	153
5.1.3. Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg.....	153
5.1.4. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.....	157
5.1.5. Proyecto de Estatuto de una corte penal internacional.....	160
5.2. La tipificación de delitos en convenciones internacionales.....	163
5.3. Tribunales Éticos.....	165
6. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.....	167

6.1.	Antecedentes.....	167
6.2.	Establecimiento del Tribunal.....	170
6.3.	El Estatuto y el Principio de Legalidad.....	173
6.3.1.	El informe del Secretario General de Naciones Unidas.....	173
6.3.2.	El Estatuto.....	175
7.	Tribunal Internacional Para Ruanda.....	177
7.1.	Antecedentes.....	177
7.2.	Establecimiento del Tribunal.....	180
7.3.	El Estatuto y el Principio de legalidad.....	184
7.4.	Críticas y comentarios sobre los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda..	184
8.	El establecimiento de tribunales penales internacionalizados o híbridos.....	187
9.	La Corte Penal Internacional.....	188
9.1.	Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad	188
9.2.	Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	192
9.3.	La conferencia de plenipotenciarios, el Estatuto y el principio de legalidad	197
9.3.1.	Los delitos de competencia de la Corte.....	198
9.3.2.	Los principios generales del derecho penal.....	202
9.3.3.	Derecho aplicable, forma de aplicarlo y reglas de interpretación.....	202
9.3.4.	Principio <i>nullum crimen sine lege</i>	205
9.3.5.	El principio <i>nulla poena sine lege</i>	207
9.3.6.	Condiciones de ejecución y supervisión de la pena.....	209
9.3.7.	Ejecución de penas pecuniarias.....	212
10.	Comentarios a la Evolución del derecho penal internacional.....	212

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA PRÁCTICA:

LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS TRIBUNALES

INTERNACIONALES E INTERNOS

CAPÍTULO IX

El principio de legalidad en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

1. Antecedentes.....	217
2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	217
3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	219
3.1. Principios generales explícitos e implícitos en el artículo 7.....	219
3.2. Reserva de ley o <i>lex scripta</i>	222
3.2.1. El concepto de “derecho” o ley en sentido amplio.....	222
3.2.2. Las exigencias de accesibilidad y previsibilidad.....	230
3.2.2.1. Conceptos.....	230
3.2.2.2. Conceptualización.....	231
3.2.2.3. Exigencias que emanan de la previsibilidad y la accesibilidad.....	234
3.3. La irretroactividad penal o <i>lex praevia</i>	236
3.3.1 Irretroactividad de la norma penal.....	236
3.3.2. La Irretroactividad de las interpretaciones judiciales.....	238
3.3.3. Retroactividad de las normas penales favorables.....	241
3.4. La prohibición de la analogía o <i>Lex stricta</i>	244
3.5. Taxatividad o <i>lex certa</i>	247
3.6. El principio de legalidad y la pena.....	251

3.7. Sobre la remisión al derecho internacional.....	253
3.8. Principios generales reconocidos por las naciones civilizadas.....	258
3.8.1. El artículo 7.2 del Convenio.....	258
3.8.2. ¿Es el artículo 7.2 una excepción?.....	260
4. El principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia.....	262
5. El principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal penal internacional para Ruanda.....	265
6. El principio de legalidad en los tribunales híbridos.....	266
7. El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.....	266

CAPÍTULO X

El principio de legalidad en el derecho penal internacional

1. Del <i>nullum crimen sine lege</i> al <i>nullum crimen sine iure</i>	269
2. Fuentes del derecho penal internacional.....	272
3. El principio <i>nulla poena sine lege</i>	279
4. Conclusiones.....	282

CAPÍTULO XI

Crímenes internacionales, principio de legalidad y tribunales internos

1. Sistemas de aplicación del derecho penal internacional.....	285
2. El sistema de aplicación indirecto.....	286
3. Los distintos enfoques sobre el principio de legalidad.....	288
3.1.- Negación del principio de legalidad.....	288
3.2.- La flexibilización del principio en casos excepcionales.....	290
3.3.- Aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno.....	293
4. La obligación de los Estados de aplicar los delitos internacionales.....	299

4.1.- Incorporación y autoejecutabilidad de las normas internacionales.....	301
4.2.- Incorporación y autoejecutabilidad de las normas “penales” internacionales...	302

CAPÍTULO XII

La posibilidad de la aplicación directa de las normas que contienen crímenes internacionales, por los tribunales internos

1. Planteamiento.....	306
2. Casos a favor y en contra de la aplicación directa de crímenes internacionales por Tribunales internos.....	307
2.1. Casos a favor.....	308
2.2. Casos en contra.....	310
2.3. El <i>Caso Scilingo</i>	312
3. Opiniones doctrinarias a favor y en contra de la aplicación directa de crímenes internacionales en la doctrina española.....	317
3.1. Posiciones en contra.....	317
3.2. Posiciones a favor.....	320
3.3. Argumentos y soluciones de la doctrina internacional.....	321
3.4. Penas internas para crímenes internacionales.....	324

CONCLUSIONES	327
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	336
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Parece evidente que la propia denominación Derecho – Penal – Internacional, es bastante sugerente en cuanto a la idea de una superposición o una mixtura entre materias jurídicas diversas y aparentemente incompatibles. Tradicionalmente, el derecho penal está ligado a la idea de Estado, de poder penal estatal, a la imposición de estándares de conducta a los ciudadanos y a la aplicación de sanciones para quienes quebranten lo prohibido o mandado por la ley, la cual debe cumplir además con una serie de requisitos formales y materiales para poder convertirse en “ley penal”. El derecho internacional, en cambio, ha estado históricamente ligado a la idea de diversos entes soberanos, que se relacionan entre sí en pie de igualdad, sin que exista autoridad superior alguna que pueda imponerles reglas de conducta; los Estados se comprometen, o no, según su propia conveniencia mediante tratados internacionales, pudiendo incluso denunciar lo pactado ateniéndose a ciertos requisitos, generalmente establecidos también por acuerdo entre “las partes contratantes”.

¿Es posible entonces compatibilizar de manera consistente derecho penal y derecho internacional y que ambos confluyan en lo se ha convenido en llamado derecho penal internacional?

Aun cuando esta tarea parece ser, y lo ha sido, bastante difícil, lo cierto es que en la actualidad existe una Corte Penal Internacional y han existido y todavía existen otros tribunales internacionales con jurisdicción penal. También diversos ordenamientos jurídicos internos, estatales, han condenado en varias ocasiones a individuos por la comisión de delitos internacionales. Entonces, sin temor a equivocarnos, es posible

decir que hoy en día el derecho penal internacional es una realidad con existencia tanto en lo teórico como en lo práctico.

No obstante, muchos de los aspectos complejos de esta compatibilización entre derecho penal y derecho internacional se mantienen hasta el presente, habiéndose dado diversas soluciones a lo largo de su evolución, algunas más satisfactorias que otras. Uno de estos puntos complejos y latentes en este ejercicio de compatibilización, es sin duda el principio de legalidad.

En la primera parte, se abordan aspectos generales sobre el principio de legalidad penal, como sus orígenes, su significado y fundamentos, así como su consagración en el derecho interno español.

En la segunda parte, se pasa revista brevemente a cómo se ha entendido el principio de legalidad en el derecho comparado, en el derecho internacional, en especial en el derecho internacional de los derechos humanos, y finalmente en el derecho penal internacional, donde lo que puede apreciarse aquí es una elocuente evolución.

En la tercera y última parte, se aborda el principio de legalidad en la práctica internacional, incorporando jurisprudencia de tribunales de derechos humanos como tribunales penales internacionales, esbozando luego algún concepto sobre lo que se ha convenido en llamar principio de jurisdicción o *nullum crimen sine iure*. Se concluye luego con la práctica de los tribunales internos cuando han debido conocer de crímenes internacionales y las fuentes aplicables para satisfacer el principio de legalidad interno, donde revisaremos los diferentes enfoques generales de la doctrina y la jurisprudencia, el deber de los Estados de juzgar estos delitos y la forma en que dan cumplimiento a sus obligaciones internacionales, para luego ocuparnos de la posibilidad de aplicar directamente en el ámbito interno las normas internacionales que contienen estos

crímenes, revisando jurisprudencia a favor y en contra de esta alternativa, con especial detención en el *caso Scilingo*, así como las opiniones doctrinarias que también presentaremos desde una perspectiva contrapuesta.

El trabajo termina con unas breves conclusiones generales.

PRIMERA PARTE

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

CAPÍTULO I

Antecedentes sobre los orígenes y evolución del principio de legalidad

1. Planteamiento

Existe un amplio consenso en la doctrina penal en señalar que el principio de legalidad, uno de los pilares fundamentales del Derecho penal moderno,¹ tuvo su origen en los desarrollos teóricos de la Ilustración.² Sin embargo, este principio “no fue obra de un día ni surgió por generación espontánea”, sino que es fruto de un largo proceso, que posee los más diversos y remotos precedentes históricos.³

Se suele mencionar, entre otros, la *Magna Charta* del Rey Juan Sin Tierra de 1215, la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica de 1532, e incluso, más atrás, el derecho romano.⁴ Recientemente, también hay quien ha creído verlo presente ya en el antiguo derecho griego.⁵

¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín, Navarra, Aranzadi, 4ª ed., 2010, p. 48. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 8ª ed., 2010, p. 86.

² Particularmente en la teoría del contrato social y la separación de poderes, que concibió a la ley como una expresión de la voluntad general. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Reppertor, 8ª ed., 2008, p. 105. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Tecnos, 6ª ed., reimpresión de noviembre de 2004, p. 198. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. ob. cit., p. 87

³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 87; ver además DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El Principio de Legalidad Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 16

⁴ Ver en detalle JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, Buenos Aires, Losada, 4ª ed., 1964, pp. 383 – 387; RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo Voz “Legalidad (Principio de) (Derecho Penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1978, Tomo XIV, pp. 882 – 883; CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 198; MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 16 – 17. Además de los antecedentes que se mencionan arriba, según CEREZO también hay quienes señalan como precedentes al Derecho Canónico y a algunos

Si compartimos la afirmación según la cual, “la historia del principio de legalidad penal es inseparable de la historia particular de cada una de las garantías implicadas”,⁶ hemos necesariamente de concluir que, en cada uno de estos dispares y remotos precedentes es posible hallar algún o algunos elementos del principio de legalidad. No obstante, estos elementos aparecen siempre de manera implícita, ya que el principio de legalidad no llegó nunca a ser formulado ni enunciado expresamente.

Revisemos pues, brevemente, algunos de estos remotos antecedentes, para luego dar cuenta de los antecedentes inmediatos del Principio de legalidad penal.

2. Antecedentes Remotos

En cuanto a Grecia, se suele destacar que las primeras leyes, las cuales tenían en general un amplio contenido penal, fueron inscritas en materiales duraderos, como piedra o bronce, y fueron públicamente exhibidas en el ágora o en algún otro lugar destacado de la ciudad, donde ellas podían ser observadas con habitualidad por todos los habitantes. Ello, ha sido considerado por algunos historiadores como una suerte de Regla de Reconocimiento (en la terminología de HART) del derecho vigente.⁷

fueros aragoneses de la Edad Media, como el concedido a Barbastro por Pedro I en el año 1.100 y la Compilación de Huesca de 1247 de Jaime I. CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 198 y notas 48 y 49

⁵ DEDES defiende abiertamente la tesis del origen griego del principio de legalidad. Ver en detalle DEDES, Christos, “Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, trad. Carmen Alastuey Dobón, 2ª Época, núm. 9, 2002, pp. 141 – 146. Recoge este antecedente DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 16, nota 12. La autora, no obstante, también se suma a la opinión dominante, que lo descarta por poseer una significación distinta.

⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Dykinson, 3ª ed. 2002, p. 196

⁷ Ver GAGARIN, Michael, *Writing Greek Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 92 y p. 185.

Con respecto al Derecho Romano, MOMMSEN afirma que a partir de la *provocatio ad populum* “no podía haber en Roma ningún delito sin previa ley criminal”,⁸ aunque esto sólo podría ser válido, eventualmente, para delitos públicos, excluyéndose los privados. Asimismo, según HARRIS, la ley era una condición previa para la existencia del crimen, estimando que la frase “Sin ley no hay crimen”, puede ser válida para el derecho penal romano.⁹ Según el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, al menos durante un período de tiempo rigió en Roma la prohibición de la analogía.¹⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, recuerda que un texto de ULPIANO recogido en el Digesto 50, 16, 131, s, rezaba: *poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est* (que podríamos traducir libremente como: no se imponga pena, salvo que la ley o cualquier otro derecho especial establezca un delito).¹¹ No obstante estos elementos, la opinión dominante sigue siendo que en Roma no rigió, en cuanto tal, el principio de legalidad penal.¹²

En cuanto a la *Constitutio Criminalis Carolina*, ella suele ser citada como antecedente en la medida en que operó como una suerte de derecho supletorio o *ius comune* del imperio (a la sazón regido por Carlos V) en relación con los distintos derechos locales que se mantuvieron en vigor, los cuales siguieron teniendo preeminencia al respetarse las “buenas costumbres” vigentes, pero modificando aquellas que fueron consideradas “costumbres irracionales, malas”, estableciéndose así varias garantías importantes del

⁸ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, trad. P. Dorado, Bogotá, Temis, 2ª ed. 1999 (publicación original en alemán *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899), p. 37.

⁹ HARRIS, Jill, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 2 – 3.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 383 – 384, nota 67 ter.

¹¹ RODRIGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., pp. 882 – 883, y nota al pie nº3.

¹² RASCÓN, César, *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Tecnos, 3ª ed. 2008, p. 367, ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, trad. Francisco de Pelsmaeker, Madrid, Reus, 2ª impresión de la 5ª edición, 2006, pp. 305 – 306.

proceso penal.¹³ La importancia de la Carolina radica en que se orientó hacia una “concepción jurídico-pública de la pena”, dejando de depender de la arbitrariedad del más fuerte, y si bien fue un estatuto fundamentalmente procesal, también “contenía las principales disposiciones sobre los delitos y su castigo”.¹⁴

Sin embargo, el antecedente remoto del principio de legalidad que ha gozado de mayor difusión ha sido sin duda la *Magna Charta Libertarum*, que bajo la presión de los nobles se vio obligado a otorgar el Rey Juan Sin Tierra en el año 1215, cuyo artículo 39 estableció: *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.*¹⁵ Es decir, que: “Ningún hombre libre será detenido, preso o desposeído, o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país.”¹⁶ Sin embargo, el texto ha suscitado opiniones diversas, no sólo en cuanto a la palabra *vel*, que ha sido entendida como “y” pero también como “o”, sino además con respecto a la expresión *lex terrae*, que para algunos sería la ley en sentido jurídico penal, en cambio otros le atribuyen un significado enteramente procesal.¹⁷ Para otros, sin embargo, lo cuestionable no es tanto su

¹³ VON WEBER, Hellmut, “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, Núm. 86, Julio 2005, pp. 129 – 131.

¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Olmedo, Granada, Comares, 5ª ed., 2002, p. 100.

¹⁵ Texto en:

http://www.orbilat.com/Languages/Latin/Texts/06_Medieval_period/Legal_Documents/Magna_Carta.html

¹⁶ Traducción del inglés tomada de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 385, nota 68.

¹⁷ Ver en detalle MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte General*, trad. de Conrado A. Finzi, de la 6ª ed. Alemana de 1955, Buenos Aires, Din Editora, 1989, p. 63 y RODRIGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 883. En un sentido crítico, amplias referencias sobre el “mito” de la Carta Magna como antecedente del principio de legalidad se encuentran en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 385, y también en LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, nº2, 1987, pp. 48 - 50.

naturaleza medieval o que se refiera a aspectos procesales, sino, simplemente, que el principio de legalidad continental no deriva de ella. La Carta Magna es un precedente del concepto anglosajón *rule of law*, que si bien presenta ciertos paralelos con el principio de legalidad, no deja de tener importantes rasgos diferenciales, principalmente, que no se traduce en el predominio de la ley por sobre los jueces.¹⁸ En este mismo sentido, pero referido al plano teórico, PRIETO SANCHIS afirma que, si bien “el pensamiento de la Ilustración está en deuda con la filosofía inglesa”, incluidos muchos planteamientos acerca del imperio y la racionalidad de la ley, “lo cierto es que resulta dudoso que en Inglaterra madurasen los ideales que solemos resumir bajo el nombre del Siglo de las Luces, al menos por lo que se refiere a la esfera del Derecho penal”.¹⁹

En suma, se ha de concluir que, en general, la doctrina está de acuerdo en que estos antecedentes, si bien reflejan una misma preocupación por la seguridad jurídica, son de distinta naturaleza y alcance,²⁰ y son además de carácter parcial.²¹ Pero el principal inconveniente para situar en cualquiera de ellos el origen del principio de legalidad está – se afirma – en que su significado político difiere sustancialmente del que posee en la actualidad,²² que sólo surge en la Ilustración.²³

¹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 1999, p. 68.

¹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra, 2007, p. 25

²⁰ CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 198 – 199

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español*, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984, p. 68. Así por ejemplo, se objeta que no excluyen la aplicación de la analogía (*Derecho Romano, Constitutio Criminalis Carolina*), o bien que admitían a la costumbre como fuente de delitos y penas, además de poseer un significado más bien procesal (*Magna Charta* inglesa). Ver en detalle MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105. RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., pp. 882 – 883. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., pp. 383 – 386.

²² Sobre el distinto significado político de los precedentes históricos del principio de legalidad penal, ver en detalle, LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, ob. cit., pp. 35 – 82. No obstante, cabe hacer matices con respecto al antiguo derecho Griego, cuyo significado político se asemeja mucho más al que surge en la Ilustración. Ver en detalle LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, “Sobre el derecho griego

3. Antecedentes Inmediatos

En términos generales la Ilustración, también llamada “época de las luces”, constituye un período de profunda modificación de las ideas hasta entonces existentes, ya que el hombre y su forma de pensar se independizaron de la religión, de modo que la ciencia dejó de estar al servicio de la teología, y el Estado y el Derecho comenzaron a estar ante el tribunal de la razón crítica del hombre.²⁴

En el ámbito jurídico, una de las primeras ideas ilustradas fue la de unificar el derecho entonces existente. Sobre este punto, VOLTAIRE decía: “Lo que es cierto en Aragón se torna falso en Castilla; lo que es justo a orillas del Danubio es injusto en las márgenes del Elba.”²⁵ Se suele recordar además otra frase de VOLTAIRE, según la cual “un hombre que viaje por este país cambia de legislación casi tantas veces como de caballo”, para graficar la necesidad de suprimir los residuos feudales y lograr así una uniformidad tanto normativa como jurisdiccional.²⁶

Esta unificación debía efectuarse en normas generales y abstractas, esto es, en la ley. Al respecto, ROUSSEAU señalaba que “el objeto de las leyes es siempre general, entiendo

antiguo, como antecedente remoto del principio de legalidad penal”, en REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F. (dirs.), *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 305 – 333.

²³ Así lo afirma MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105. Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que los principios que inspiraron el proyecto reformista de la Ilustración hunden sus raíces en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVII, radicando la diferencia principal entre uno y otro período, en que estas ideas se trasladaron a la esfera práctica, convirtiendo a la razón en una suerte de energía para la acción, para la transformación, tanto de la moral y la política, como del Derecho y del propio Estado, “como tal vez ninguna otra época lo haya hecho”, en la cual se intentó “construir un modelo de justicia y de organización política estrictamente racional”. PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., pp. 7 – 10. En este mismo sentido se ha afirmado que “mientras el principio de mera legalidad puede hacerse remontar al derecho romano, el principio de estricta legalidad sólo queda elaborado por el pensamiento ilustrado”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trád. Perfecto Andrés Ibañez et. al., Madrid, Trotta, 10ª ed. 2011, 1ª reimpresión 2014, p. 382

²⁴ MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 40.

²⁵ VOLTAIRE, “Ideas Republicanas”, XVI, en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Madrid, Alfaguara, 1978, pp. 277 – 278.

²⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, ob. cit., p. 56.

que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares”. Ejemplificando, añadía que: “la ley puede decretar que haya privilegios, pero no puede concederlos específicamente a nadie”. Resumiendo, ROUSSEAU sentencia: “en una palabra, toda función que se relacione con algo individual no pertenece al poder legislativo”.²⁷ Por su parte MONTESQUIEU acuñó una frase tan breve como elocuente: “la fuerza de la ley consiste en estatuir para todos”.²⁸

Estas ideas, de unificar el derecho, en leyes generales y abstractas, iban acompañadas de otra, igualmente trascendente, que es, la idea del monopolio de producción de la ley, que debía corresponder sólo al legislador.²⁹ Este ideario fue también compartido por el absolutismo,³⁰ pero mientras en éste el legislador era el monarca soberano,³¹ quien no

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, (Título original *Du contrat social*, 1762), estudio preliminar y trad. de María José Villaverde, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2007, pp. 41 – 42.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de, *Del Espíritu de las Leyes*, intr. TIerno GALVAN, Enrique, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega, Madrid, Tecnos, 6ª ed., 2007, pp. 227 – 228.

²⁹ Monopolio que inicialmente fue confiado “al príncipe ilustrado” que reunía en su persona el poder absoluto y las luces de la filosofía, por lo que la ley se convirtió en una “herramienta fundamental en manos de la razón orientada a la transformación de la realidad según su propio modelo constitutivo”. PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., p. 14

³⁰ La Ilustración y el Absolutismo tenían a este respecto un ideario común, dentro de la “tendencia centralizadora del Estado del siglo XVIII”. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, ob. cit., p.57. En este mismo sentido, BOBBIO afirma que “la concepción liberal acoge la misma solución dada por la concepción absolutista al problema de las relaciones entre legisladores y jueces: es decir, el llamado dogma de la *omnipotencia del legislador*”, por lo que existe una “estrecha relación entre la concepción absolutista y la liberal respecto a la teoría de la monopolización del Derecho por parte del Estado”. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Ed. Debate, 1993, pp. 55 – 56. Véase además, con respecto a Alemania, ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Vicente Remesal, Madrid, Thomson – Civitas, 2003, p. 142

³¹ Como es sabido, el concepto de soberanía fue definido por BODIN (o Bodino) como “el poder absoluto y perpetuo de la República”. BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, selección, est. preliminar y trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 1985, p. 47. Y, según BODIN, era un poder perpetuo porque no está sometido a plazos sino que dura por toda la vida del titular (ibídem, p. 50), y absoluto, porque no está sujeto a condición alguna, sino salvo a las que “derivan de las leyes divina o natural” (ibídem, p. 51). De este modo, el “primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular” (ibídem, p. 74), y ello lo hace, lógicamente, “sin consentimiento de superior, igual o inferior” (ídem). Si bien BODIN ha sido catalogado como absolutista, “su postura no reviste un significado tan extremo como posteriormente se le ha querido atribuir”, ya que el poder soberano en la concepción de BODIN sí reconocía límites, entre los cuales estaban los tratados internacionales, contratos

estaba siquiera vinculado a su propio derecho,³² para los ilustrados, en cambio, las ideas del contrato social³³ y la separación de poderes³⁴, los llevaron a plantear que la ley debía

y propiedades de sus súbditos, las leyes fundamentales del reino, en especial la sucesión de la corona e inalienabilidad del patrimonio, además de las mencionadas ley divina y natural. GARCÍA GESTOSO, Noemí, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a *Los seis libros de la República* de J. Bodino”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 120, 2003, pp. 318 – 319. En este mismo sentido, TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Tomo II*, Madrid, Alianza Editorial, 4ª ed. revisada y aumentada, 2007, pp. 147 – 148. Pese a que su concepto de soberanía absoluta estaba relativizado, existiendo aquí una contradicción en sus términos, “el hecho es que favoreció objetivamente la marcha del régimen monárquico francés hacia el absolutismo”. *Ibidem*, p. 150. Cabe puntualizar además que si bien BODIN es unánimemente considerado el autor dogmático del concepto de soberanía, desde el punto de vista etimológico este término existía desde el siglo XIII, palabra que designaba a un poder que no admite superior, pero que tenía una pluralidad de usos, siendo por ejemplo aplicado a Dios y a algunas autoridades seculares como el rey o los barones, o bien para denotar competencia o poder de decisión último en la esfera judicial. GARCÍA GESTOSO, Noemí, *ob. cit.*, pp. 311 – 312. Finalmente, es del caso aclarar que aun cuando BODIN utilizó la palabra *souveraineté* en la edición en lengua vulgar (francés) y *majestas* en la versión latina, en la versión en castellano, “católicamente enmendada” y “con licencia de los inquisidores” de Gaspar de Añastro Isunza, de 1590, a base del original francés, *souveraineté* fue traducido como «suprema autoridad», más tradicional, y no como soberanía. De esta versión de Añastro existe una reedición de 1992 del Centro de Estudios Constitucionales, ed. y est. preliminar por José Luis Bermejo Cabrero.

³² Para BODIN era imposible, por su propia naturaleza, que el príncipe soberano estuviera obligado por sus propias leyes y ordenanzas, pues ellas siempre dependían de su propia voluntad. BODIN, Jean, (ed. 1985) *ob. cit.*, p. 53. Ello era consistente con la fórmula «*legibus solutus*» proveniente de la época imperial romana, que llegó a ser conocida en la fórmula francesa “*si veut le roi, veut la loi*”. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, *ob. cit.*, 51. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Tomo II*, *ob. cit.*, p. 150.

³³ Los orígenes del pacto o contrato social se pueden rastrear desde Tomás de Aquino y otros escolásticos, pasando por el contractualismo medieval de los llamados marcómacos que apelaban al derecho de resistencia, como Teodoro Baeza, sin olvidar a Altusio y las ideas posteriores de SUÁREZ. Ver TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Tomo I*, Madrid, Alianza Editorial, 13ª ed. revisada, 2004, p. 372 – 373, y *Tomo II*, *ob. cit.*, pp. 115, 117, 156 – 159 y 177. Sin embargo, es en la concepción de HOBBS en la que el pacto adquiere un carácter constitutivo, en el cual los ciudadanos para salir de un Estado de naturaleza, de anarquía permanente, acuerdan someterse a un tercero que los proteja y garantice la paz, mediante la dictación de leyes y el monopolio del uso de la fuerza. Esta síntesis de HOBBS la hemos tomado de BOBBIO, Norberto, *ob. cit.*, p. 52, y de TRUYOL Y SERRA, *Tomo II*, *ob. cit.*, p. 220. Más tarde, en la concepción de LOCKE, si bien la sociedad también se constituye mediante un pacto (§ 97), la finalidad de ello no es sólo preservar la vida como en HOBBS, sino además las libertades y las posesiones, a todo lo cual LOCKE llamó genéricamente “propiedad” (§§ 123 – 124). LOCKE, Jhon, *Two Treatises of Government*, edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1994 (publicación original de 1689 – 1690), p. 332 y pp. 350 – 351, respectivamente. Más tarde, ROUSSEAU entendió que en el contrato social “*Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo*”, de modo tal que las cláusulas del contrato social, en el fondo, se podían reducir a una sola, a saber, “la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad”, lo cual debía necesariamente ser así ya que de lo contrario, “el estado de naturaleza subsistiría y la asociación se convertiría, necesariamente, en tiránica o vana”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *ob. cit.*, pp. 16 – 17 (cursiva original). De esta forma, según ROUSSEAU, cada uno de nosotros, junto con los demás, se convierte en el soberano. *Ibidem*, p. 19. ROUSSEAU radica la titularidad de la soberanía en la voluntad general, por lo cual es inalienable, indivisible y absoluta, pero deja a salvo, ahora sí, la vida, la libertad y los derechos naturales del hombre, que son independientes de ella. *Ibidem*, p. 27 – 30 y p. 33. El acto de soberanía, entonces, no es un pacto entre el superior y el inferior, sino un convenio de un ente colectivo, la voluntad general, con cada uno de sus miembros. *Ibidem*, p. 36.

ser dictada por un legislador que representara a la voluntad general,³⁵ lo que garantizaba una ley racional y justa para todos.³⁶ En este último sentido, la ilustración es, entonces, una reacción en contra del absolutismo, incluso en contra del absolutismo ilustrado.³⁷

³⁴ Como es de sobra conocido, la separación de poderes fue formulada por MONTESQUIEU en *Del espíritu de las leyes*. Sin embargo, si bien MONTESQUIEU fue quien lo teorizó y lo trasladó al continente europeo este principio, la separación de poderes se desarrolló en los hechos primeramente en Inglaterra, gracias a lo cual la monarquía no logró tener un poder ilimitado, a diferencia de las monarquías absolutas continentales. BOBBIO, Norberto, ob. cit., p. 51. En este mismo sentido BLANCO VALDÉS destaca que MONTESQUIEU se dio cuenta de que al desaparecer los poderes intermedios propios de las sociedades feudo-estamentales, el Estado tendría un poder tal que podría fácilmente llegar a ser despótico, siendo entonces necesario establecer el principio de la separación de poderes, como lo habían hecho los ingleses tanto en la célebre *Agreement of the People* elaborado por los *levellers* (niveladores) en 1649, como posteriormente en el *Instrument of Government* de 1653, los cuales tuvieron “por objeto repartir entre diversos órganos el poder que se había concentrado en el Estado como único medio para asegurar la libertad”. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza, 2010, pp. 52 – 54. El propio MONTESQUIEU lo advirtió cuando expresamente señalaba: “Si abolimos las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades en una Monarquía, pronto tendremos un Estado popular o un Estado despótico”, por lo que celebraba que los ingleses junto con abolir los poderes intermedios conservasen su libertad, “ya que, si la perdieran, sería uno de los pueblos más esclavos de la tierra”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de, ob. cit., pp. 27 – 28. Pues bien, la forma de hacerlo fue, para MONTESQUIEU, la separación de poderes, que desarrolla precisamente en el apartado titulado, *De la Constitución de Inglaterra*, en el cual sostiene que en cada Estado hay tres clases de poderes, poder legislativo, poder ejecutivo del Estado y poder judicial, siendo este último el que “castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares”, sosteniendo además que cuando dos o más de estos poderes se encuentran reunidos en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad puesto que se cae en la tiranía, en la arbitrariedad o la opresión. *Ibidem*, pp. 175 – 176. ROUSSEAU también se refirió a la separación de poderes, afirmando que, “si quien manda a los hombres no debe dictar las leyes, el que dicta las leyes no debe mandar a los hombres; de otro modo, estas leyes, vehículos de sus pasiones, no harían, con frecuencia, sino perpetuar sus injusticias, y nunca podría evitar que miras particulares alterasen la santidad de su obra”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, ob. cit., p. 45.

³⁵ Precizando lo que ha de entenderse por voluntad general, ROUSSEAU nos dice que no es tan sólo la suma de voluntades particulares, en la que cada cual busca su interés privado, sino que es aquella que tiene en cuenta el “interés común”, que se obtiene tras la deliberación de un pueblo suficientemente informado. ROUSSEAU, Jean-Jacques, ob. cit., p. 31. Finalmente, como sabemos, fue esta concepción de ROUSSEAU de la ley como expresión de la voluntad general, la que se impuso en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 6, al estatuir que la ley “es la expresión de la voluntad general”, por lo que todos “los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes”.

³⁶ Según ROUSSEAU, al ser todos los individuos los que conforman al soberano, este “no tiene ni puede tener intereses contrarios a los suyos”, ya que “es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros”. ROUSSEAU, ob. cit., p. 20. De este modo, los ciudadanos “no obedecen a nadie más que a su propia voluntad”. *Ibidem*, p. 36. La consecuencia de ello, entonces, es que la ley no puede ser injusta, “puesto que nadie es injusto con respecto a sí mismo”, ya que las leyes no son sino “manifestaciones de nuestra voluntad.” *Ibidem*, p. 42. Esta confianza en la ley se manifiesta también en VOLTAIRE, quien dirá que: “La libertad consiste en depender tan sólo de las leyes”. VOLTAIRE, “Pensamientos sobre la administración pública” XX en *Opúsculos Satíricos y Filosóficos*, ob. cit., p. 194. Esta confianza acrítica en la ley, se refuerza con el combate al decisionismo judicial del Antiguo Régimen, ya que, como afirma PRIETO SANCHIS, en esta concepción es la ley y no la subjetividad de un juez, la que está legitimada para limitar la libertad y la seguridad de los ciudadanos. PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., p. 63 – 64.

Todas estas ideas ilustradas fueron desarrolladas en el ámbito penal, entre otros,³⁸ por BECCARIA, en su conocido opúsculo,³⁹ *De los delitos y de las penas*, en el cual afirmaba: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.⁴⁰

³⁷ A diferencia del absolutismo, que sólo pretendía fortalecer y concentrar el poder en manos del monarca, para la ilustración era necesario “fortalecer al Estado y al mismo tiempo limitarlo”, esto es, “fortalecerlo frente a sus posibles competidores (la Iglesia, la nobleza, los propios jueces) y limitarlo frente al individuo”. PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., p. 21. Es desde esta perspectiva que puede afirmarse que la concepción del Estado Liberal “maduró y se desarrolló en antítesis y por reacción del absolutismo político” LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, ob. cit., p. 52.

³⁸ Según PRIETO SANCHIS, la preocupación de los ilustrados por los asuntos penales, tanto sustantivos como procesales, fue generalizada a la vez que muy variada, ya que esta nueva filosofía contrastaba con los modos y formas del Derecho penal del Antiguo Régimen. BECCARIA fue el autor más representativo y quien obtuvo mayor fortuna histórica, pero pueden mencionarse, además, a los hermanos VERRI, Gaetano FILANGIERI, Francesco PAGANO (en Italia); desde luego VOLTAIRE, varios pasajes de *Del espíritu de las leyes* de MONTESQUIEU, sin olvidar los fragmentos penales de DIDEROT o de CONDORCET, así como un capítulo entero de la obra de BONNOT, además de los *Principes des lois criminelles* de BERNARDI, sin dejar de mencionar al propio MARAT (todos ellos en Francia). Ver en detalle PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., pp. 16 – 24. Sólo unos breves ejemplos para ilustrar este punto. VOLTAIRE estimaba que un “código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados” VOLTAIRE “Ideas republicanas, XLI, en *Opúsculos Satíricos y Filosóficos*, ob. cit., p. 285. MONTESQUIEU, por su parte, afirmaba que “la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas”, por lo que los conocimientos “sobre las reglas más seguras a observar en los juicios criminales, interesan al género humano más que ninguna otra cosa en el mundo”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de, ob. cit., pp. 210 – 211.

³⁹ TRUYOL Y SERRA afirma que BECCARIA fue un entusiasta lector de MONTESQUIEU y los *philosophes*, y que se reunía en Milán, con otros jóvenes en la Academia de los Puños (*Accademia dei Pugni*), en la que se discutían cuestiones políticas, sociales y económicas. Cada miembro de esta academia se encargaba de estudiar y exponer algún tema en particular. BECCARIA habría presentado un primer escrito sobre el sistema monetario de Milán, haciéndose cargo después del análisis crítico del sistema penal de la época, con el que se familiarizó con visitas a las cárceles que confirmaron su actitud crítica. El resultado fue el opúsculo *Dei delitti e delle pene*, publicado en 1764 anónimamente y sin indicación de lugar (era Livorno). El éxito fue fulminante, dentro y fuera de Italia, siendo traducida en pocos años a quince idiomas, lo que se habría debido a que BECCARIA “supo dar respuesta en forma breve, clara y con la vehemencia propia de los veintiséis años que a la sazón tenía, pero que la materia en cierto modo reclamaba”. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Tomo II*, ob. cit., pp. 315 – 316. Esta obra llegó a convertirse en “sinónimo de ruptura con el Derecho penal de la monarquía absoluta”, y en un símbolo del nuevo programa penal de la Ilustración, cuyos postulados en buena medida continúan vigentes, al ser “una de las primeras expresiones de un garantismo nunca del todo realizado”. De ahí que, no hayan sido pocos quienes “han querido encontrar en él al fundador de la ciencia del Derecho penal”. PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., p. 97 – 98

⁴⁰ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 2008, (publicación original de 1764), p. 34

Por una parte, BECCARIA postula una legalidad en sentido amplio, al plantear que la definición de los delitos y sus penas está reservada a la esfera legislativa, excluyendo a los poderes intermedios y el arbitrio judicial; pero por otra parte, BECCARIA va más allá, y se ocupa de cómo deben ser estas leyes, afirmando que las leyes que establecían los delitos y las penas debían ser generales, sin posibilidad de excepciones para el caso concreto y, además, debían cumplir con las exigencias ilustradas de precisión, claridad y taxatividad, postulando así una interpretación estricta del principio de legalidad, esto es, “como límite al propio legislador”.⁴¹

De esta forma el principio de legalidad significó una limitación del poder punitivo del Estado y una garantía de libertad para el ciudadano,⁴² el cual, en definitiva, vino a substituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, a través de la ley.⁴³

4. Consagración normativa y evolución dogmática posterior

A penas una década más tarde de la publicación de BECCARIA, algunas manifestaciones del principio de legalidad aparecen ya recogidas en los primeros textos constitucionales y declaraciones de derechos. Así por ejemplo, aparece recogido en las Constituciones de las ex colonias inglesas en América tras obtener su independencia y convertirse en Estados, como las de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland

⁴¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, ob. cit., p. 106. Según sostiene MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106, nota 7, en España LARDIZÁBAL en el s. XVIII se expresaba en términos parecidos a BECCARIA. También así lo afirma así CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 199 – 200, quien agrega que LARDIZÁBAL, no obstante, aceptaba sólo parcialmente la tesis del contrato social y rechazaba la separación de poderes.

⁴² MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105. Sin embargo, cabe matizar que si bien este era un objetivo de la Ilustración, su realización era “difícilmente articulable mediante el principio de legalidad” en el absolutismo, por lo que hubo que esperar a que estas ideas ilustradas se hicieran realidad en el Estado Liberal. LAMARCA PÉREZ, Carmen “Formación histórica...”, ob. cit., p. 57

⁴³ CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª ed. 1999, p. 108.

(1776); en Europa, en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y en la *Josefina* austriaca de 1787. Digno de destacar es el art. 15 de la Constitución de Maryland que establecía: “Las leyes retroactivas que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes *ex post facto*.”⁴⁴

Unos pocos años después, ahora con carácter universal, el principio será recogido en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto 1789, cuyo artículo 8 dispone: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.⁴⁵ El principio fue incorporado también en las Constituciones revolucionarias francesas de 1791 (art. 8), de 1793 (art. 14) y del año III (art. 14), aunque no siempre fue respetado en la práctica.⁴⁶ Posteriormente, el principio de legalidad penal aparece recogido en las Constituciones y Códigos penales decimonónicos de distintos Estados,⁴⁷ incluida España,⁴⁸ siendo desde

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., pp. 386 – 387. Véase también MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 87. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación Histórica...”, ob. cit., pp. 58 – 59. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 142.

⁴⁵ Existe versión electrónica de la Declaración de 1789 en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁴⁶ Cita estos antecedentes JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 387. Véase también MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 87, y CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 200.

⁴⁷ Proceso que ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan avances y retrocesos, pero del que se aparta únicamente el Derecho penal anglosajón, en el que el juez no sólo está vinculado al Derecho legal emanado del parlamento – *statute law* – sino también al precedente judicial – el *common law* – siendo así un sistema jurídico-penal con características propias. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 87. Véase además QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., p. 49, quien nos advierte que no ha de confundirse la formulación teórica del principio con su incorporación efectiva al derecho positivo, que queda “vinculada a las circunstancias políticas de cada país”. Sobre las Constituciones y códigos que incorporaron el principio, así como el tratamiento que se le ha dado por el derecho anglosajón, amplias referencias se encuentran en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., pp. 388 – 391, y en ROXIN, Claus, ob. cit., p. 142

⁴⁸ Las Constituciones y Códigos penales españoles siguieron este camino, ya desde el Código de 1822, y desde el Código de 1848 el principio de legalidad se formula en términos coincidentes con el Código actual. La Constitución de 1978 acogió y amplió las exigencias del principio. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106. Ver también CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 200. La Constitución de 1812, si bien no establece una consagración expresa, de todas formas disponía en el artículo 287 que: “Ningún español

entonces – y prácticamente desde su propio origen – un principio penal de rango constitucional.⁴⁹

En el plano teórico, como es sabido, se atribuye a FEUERBACH, a mediados del siglo XIX, la fórmula latina *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*,⁵⁰ o más brevemente *nullum crimen sine lege*,⁵¹ para hacer referencia al principio de legalidad penal.⁵² Posteriormente, fue BELING quien introdujo en el seno de la teoría del delito, a través del concepto de *tipicidad*, las exigencias materiales del principio de legalidad penal.⁵³

podrá ser preso sin que preceda información sumaria de hecho, por el que merezca, *según la ley*, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.” (énfasis añadido). Cfr.

http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf

⁴⁹ Una completa revisión histórica del principio de legalidad en las constituciones españolas, es posible encontrarla en RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 67 - 109

⁵⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts: mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, 2. Neudruck der 14. Aufl. Aalen, Scientia, 1973, parágrafo 20.- (Publicación original de 1847). El cual, se ha dicho, era un presupuesto necesario para su concepción de la pena, entendida como prevención general a través de la *coacción psicológica*, que requería de una amenaza previa establecida en la ley, con suficiente precisión y claridad, para disuadir al posible delincuente. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., pp. 49 – 50. Esta amenaza debía consistir en un mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción delictiva. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, Akal/iure, 5ª ed., 1998, p. 55. Con todo, hay quienes consideran que, sin perjuicio de esta concepción de la pena como intimidación, subyace en FEUERBACH la doctrina del contrato social. El contrato social sería el fundamento genérico y la tesis de la intimidación el fundamento específico. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., p. 67, nota 5. Recientemente, se ha destacado la influencia que KANT ejerció en FEUERBACH, cuyas ideas de la legalidad de la pena eran bastante claras y que, al menos, sirvieron de fundamento para la doctrina del derecho penal de FEUERBACH. Ver en detalle HRUSCHKA, Joachim, “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, trad. De Juan Luis Fuentes Osorio, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 87 – 106. No obstante, la rígida teoría de la retribución de KANT “no tuvo una influencia fundamental en sus teorías jurídico penales”. MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 41

⁵¹ Aun cuando debe advertirse que FEUERBACH no utilizó literalmente la expresión *nullum crimen sine lege* sino las otras tres ya mencionadas. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105, nota 2.

⁵² El principio de legalidad y su correspondiente aforismo latino, ha tenido tal trascendencia para el derecho penal, que de hecho FEUERBACH ha sido considerado el fundador o el “padre” del Derecho Penal moderno. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, Lima, Ara eds., colección Iustitia, 2005, Tomo I, p. 359. Asimismo, MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 41

⁵³ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., p. 75. Ver también RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 887.

Sin embargo, también existieron en su momento posiciones teóricas de diverso signo contrarias a este principio, como la escuela positivista italiana o la teoría de la defensa social. También se verificaron varios ataques o reacciones de la propia ley en contra de algunos elementos del principio de legalidad, como la derogación de la irretroactividad en la época del Terror durante la Revolución francesa, la introducción de la analogía en el código penal soviético de 1926, en el danés de 1930, o la ley nazi de 1935 que modificó el Código penal alemán en este mismo sentido.⁵⁴ Terminada la Segunda Guerra Mundial, el principio fue restablecido,⁵⁵ y se inició el camino hacia su reconocimiento a nivel internacional.

Es así como el principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,⁵⁶ dos años más tarde en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950,⁵⁷ y tiempo después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,⁵⁸ en la Convención Americana de Derechos Humanos de

⁵⁴ Ver en detalle BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual...* ob. cit., p. 68 y p. 70. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., pp. 391 y ss. CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 201 – 202. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., pp. 50 – 52. En España, DORADO MONTERO, se hizo eco de las ideas correccionalistas y positivistas, basadas en la peligrosidad del sujeto, el cual debía ser sometido a un tratamiento que variaría según la personalidad y su peligrosidad. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 392 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., p. 51

⁵⁵ En el caso de Alemania occidental, por medio de la Ley N° 11 del Consejo de Control Aliado de 1946, eliminando la admisibilidad de la analogía. JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 107, y MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 63 – 64. En el caso de la Unión Soviética, con la Ley de Fundamentos del Derecho penal de 1958, recogida en el Código penal de 1960. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual...* ob. cit., p. 70. CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 202. En la actualidad, únicamente el Código Penal danés de 1966 en medida restringida la analogía para fundamentar la pena, sin considerar las especiales reglas del Derecho inglés que se basa en precedentes judiciales. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 143

⁵⁶ En el art. 11.2 que dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”.

⁵⁷ En el art. 7. “No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”

⁵⁸ Art. 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto

1969,⁵⁹ en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981,⁶⁰ y más recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁶¹

Sin embargo, el significado concreto del principio de legalidad, su comprensión y fundamentos, así como las exigencias que de él emanan, difiere sustancialmente de un sistema jurídico a otro, existiendo además notables diferencias entre estos sistemas jurídicos internos con el derecho internacional, como tendremos oportunidad de revisar más adelante.

en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

⁵⁹ Art. 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

⁶⁰ Art. 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.

⁶¹ Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

CAPÍTULO II

Los significados del principio de legalidad

La doctrina tradicionalmente asigna al principio de legalidad un doble significado, de una parte un significado político, y de la otra, un significado que ha sido llamado científico,⁶² vinculado a las especificidades propias del ámbito jurídico penal, que podría denominarse también, con menos pretensión, significado jurídico o jurídico penal.

1. Significado político

En cuanto al significado político, se suele destacar que la trayectoria histórica que condujo a la formulación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tuvo el sentido de una lucha en contra del *ius incertum*,⁶³ esto es, una lucha en contra de la inseguridad propia del antiguo régimen o *Ancien Régime*, el cual se caracterizaba no sólo por la pluralidad y dispersión de fuentes jurídicas (contra lo cual también luchaba el absolutismo),⁶⁴ sino también porque el juez no estaba directamente vinculado a ellas,⁶⁵ como tampoco lo estaba el poder político.⁶⁶ De este modo, reaccionando en

⁶² RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886 y DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 26

⁶³ RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886

⁶⁴ Como ya se ha dicho en el apartado anterior. Ver además, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 196 – 197. Ilustrativas resultan también las críticas de VOLTAIRE sobre la existencia de una jurisdicción civil y otra religiosa: “Cuando se quieren establecer los límites entre la autoridad civil y los usos eclesiásticos, ¡qué disputas interminables se elevan! ¿Y dónde están esos límites?”. Sobre este mismo asunto más adelante VOLTAIRE sentencia: “Por cualquier parte que extendemos nuestra vista vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre y la arbitrariedad”. Cfr. VOLTAIRE, “Comentario sobre el libro <<de los delitos y las penas por un abogado de provincias (1766)>> en *De los delitos y de las penas*, BECCARIA, Cesare, ob. cit., p. 174.

⁶⁵ En aquella época existía una *clausula generalis* que eximía al juez de la obligación de atenerse a los tipos de delito. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 887, citando a BELING, Ernst von, *Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale*, en “Giustizia penale”, Roma, Vol. XXXVII, parte primera, Roma, 1931, pp. 319 – 320.

contra de este sistema, la Ilustración y su desarrollo revolucionario ulterior, postularon el principio de separación de poderes y, además, que cada uno de estos poderes estatales, así divididos, estuviese sometido a la ley,⁶⁷ incluidos los jueces,⁶⁸ ya que la ley era o debía ser, expresión de la voluntad general, cuyo cumplimiento no admitía excepciones al ser general y abstracta.⁶⁹ Estas dos ideas, separación de poderes y supremacía o “imperio de la ley”, junto al reconocimiento y garantía de los derechos y libertades individuales,⁷⁰ son las que dieron paso a lo que posteriormente se ha denominado Estado liberal de Derecho.⁷¹

Y tampoco existía, en varios países, la obligación de motivar las sentencias. Al respecto, VOLTAIRE se preguntaba: “¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?” VOLTAIRE, “Comentario ...” ob. cit., p. 174

⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica...”, ob. cit., 51. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Tomo II*, ob. cit., p. 150.

⁶⁷ Según destaca HASSEMER, “En un Estado con división de poderes, el Poder Legislativo tiene, *de iure*, una función conductora y de delimitación frente a los otros dos poderes, que se ejerce mediante el instrumento de la ley”, lo que en el ámbito de la jurisprudencia es designado como la “sujeción a la ley”, siendo fundamental que la misma esté asegurada constitucionalmente. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 16

⁶⁸ VOLTAIRE en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, ob. cit., “Ideas republicanas”, XLI, p. 285, señalaba: “Un código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados. Los ciudadanos no tendrán entonces que quejarse nunca de los juicios y los magistrados no tendrán que temer incurrir en su odio: porque no será su voluntad la que condene, será la ley. Hace falta una autoridad para juzgar por esta sola ley y otra autoridad para conceder la gracia”. Por su parte MONTESQUIEU, ob. cit., p. 90, señalaba: “En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es su propia regla. En los Estados monárquicos hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante; en los que no lo es, busca su espíritu. En el Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor, de su vida.”

⁶⁹ Esta última idea ilustrada, de efectuar una aplicación de la ley sin excepciones, se encuentra ya presente en LARDIZÁBAL, autor para el cual “la clemencia para perdonar es virtud del legislador, pero no de los depositarios y ejecutores de las leyes”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1992, pp. 397 – 398

⁷⁰ Al respecto, es significativo que el art. 16 de la Declaración francesa de 1789 señalara en su artículo 16: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Disponible en:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁷¹ Ver en detalle DIAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 8ª ed. 1981, 6ª reimpresión, 1988, pp. 23 – 42. Elías DÍAZ añade un elemento más, que es la legalidad de la administración; no obstante, este elemento puede entenderse contenido en el imperio de la ley, en tanto en cuanto todos los poderes y órganos del Estado, y dentro de ellos la administración, se encuentran sometidos a ella.

Este carácter singular del principio de legalidad es común al Derecho en su conjunto, lo que explica que desde sus orígenes el principio de legalidad haya sido un postulado de rango constitucional,⁷² y a la vez objeto de estudio tanto por penalistas como por publicistas.⁷³ No obstante, el principio de legalidad en materia penal conlleva exigencias adicionales destinadas a brindar al ciudadano mayor seguridad jurídica, dada su especificidad y la gravedad de sus sanciones,⁷⁴ que también recibieron reconocimiento constitucional específico en el respectivo catálogo de derechos, en especial la irretroactividad de la ley penal.⁷⁵

A los postulados liberales que dieron origen al Estado de Derecho se sumaron posteriormente otros, dando paso al Estado social y más tarde al Estado democrático de Derecho,⁷⁶ lo cual, también ha tenido su correspondiente incidencia en el ámbito penal.⁷⁷

⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886

⁷³ En el Derecho Público también es estudiado el *principio de legalidad* o *imperio de la ley*, en la cual se recuerda la distinción clásica que efectuaron los publicistas alemanes entre ley formal y ley material, en el cual se discute, básicamente, cuál es el ámbito de materias que pertenecen al legislador y cuáles a la potestad reglamentaria, y si existe una potestad reglamentaria autónoma. Ver en detalle GARRORENA, Ángel, “Voces <<Ley>> y <<Reserva de ley>>”, en “*Temas básicos de Derecho Constitucional*”. Tomo I, Navarra, Civitas, 2001, pp. 293 – 307. Ver también, JESCH, Dietrich, *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. de Manuel Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 13 – 46

⁷⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886

⁷⁵ Hemos mencionado ya en el apartado anterior varias declaraciones y constituciones que recogen la irretroactividad de la ley penal. Ver notas 47 y 48.

⁷⁶ Para una completa evolución, ver Díaz, Elías, ob. cit., pp. 83 y ss. La actual Constitución Española, de 1978, consagra en su art. 1.1 un “Estado social y democrático de Derecho”.

⁷⁷ La diferencia entre el Estado liberal y el social y democrático de Derecho es bien grande. Entre otras cosas, implica que la ley penal debe estar orientada hacia la reinserción del delincuente y no hacia la pura retribución, ya que el derecho penal “no es un puro sistema de penas y castigos, sino un instrumento al servicio de la mejora de la convivencia, destinado a evitar y no ahondar las consecuencias de las diferencias sociales”. Así lo afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., pp. 52 – 53

En la actualidad, la doctrina es uniforme en reconocer que el principio de legalidad penal es un elemento fundamental del Estado de Derecho,⁷⁸ lo que se traduce en que sólo una ley, promulgada por un parlamento o asamblea legislativa,⁷⁹ democráticamente elegido por los ciudadanos y en su representación, es la que puede establecer delitos y penas.⁸⁰

Ello significa, *sensu contrario*, que una ley que no posea legitimidad democrática, promulgada por un dictador por ejemplo, si bien puede cumplir con las demás exigencias que emanan del significado jurídico o científico del principio,⁸¹ sería de todas formas contraria a esta dimensión política del principio de legalidad.⁸² Ello porque, como hemos visto, el significado político del principio de legalidad no es sólo el sometimiento de los ciudadanos a la ley, sino, primeramente, la sujeción de todos los poderes públicos a la ley (imperio de la ley),⁸³ pero también incluye necesariamente la separación de poderes, el respeto a los derechos y libertades fundamentales, pero por sobre todo exige que la ley, en especial la ley penal, emane de los legítimos

⁷⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 137

⁷⁹ La facultad punitiva debe corresponder a este poder del Estado y no a otro, porque, como bien se ha señalado, “la gravedad de las sanciones exige que la legitimidad democrática sea lo más directa posible”. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed. Corregida, 1997, p. 80.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., P. 101

⁸¹ *Lex scripta, stricta, certa y praevia*, que se revisarán en seguida.

⁸² Al respecto, se ha señalado que “se someten al principio de legalidad los ordenamientos jurídicos de todas las dictaduras que practican el terror penal sin límites formales [democráticos] de ninguna clase”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., p. 52. En este mismo sentido MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman: “la mera existencia de una ley no garantiza el principio de legalidad en la aplicación de la pena, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso, la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales.” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., P. 100. En la concepción de Elías DÍAZ, la ley que emana de un dictador o monarca absoluto, en la medida en que se hace obedecer, si bien es derecho positivo en estricto sentido, no es por ese sólo hecho una ley de un verdadero Estado de Derecho, ya que “no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida”. DÍAZ, Elías, ob. cit., p. 32

⁸³ En el fondo, y dicho de otra manera, la pregunta es “*quién* manda y se dirige principalmente a la administración y a los jueces, tanto en un sentido positivo como negativo”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, p. 100.

representantes del pueblo o nación en quien reside la soberanía.⁸⁴ De ahí entonces que no sea de extrañar la exigencia de una ley orgánica para establecer delitos y penas, ya que este procedimiento parlamentario especial persigue la máxima representación posible, garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas minoritarias.⁸⁵

2. Significado jurídico penal

El segundo significado, que hemos denominado jurídico penal y que otros llaman científico, como ya se dijo, está vinculado a desarrollos y especificidades que son propios del derecho penal en cuanto disciplina.

La doctrina suele recordar, como punto de partida, a FEUERBACH y su enunciado latino del principio de legalidad.⁸⁶ Ciertamente, como pone de relieve la evolución histórica antes vista, FEUERBACH “no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídico política también consideraba decisiva él mismo”.⁸⁷ Tampoco FEUERBACH fue el primero en hablar de la legalidad como presupuesto necesario de

⁸⁴ En este sentido, se afirma que el principio de legalidad no es únicamente “una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106. Véase además, ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo – agosto 1983, p. 13, RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 26, ROXIN, Claus, ob. cit., p. 145, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80, BRICOLA, Franco, *Teoría General del Delito*. Trád. Diana Restrepo, prólogo y anotaciones Massimo Donini, colaboración de Olmo Artale, Buenos Aires y Montevideo, B. de F., 2012, p. 136

⁸⁵ MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites Constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, p. 510

⁸⁶ *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Ritter von, ob. cit., parág. 20

⁸⁷ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 145 – 146

la prevención del delito.⁸⁸ La virtud de FEUERBACH para el significado jurídico penal radica, más bien, en haber efectuado una fundamentación autónoma del principio partiendo de la teoría de la pena,⁸⁹ que no atendía a consideraciones políticas o democráticas, sino como una “pieza clave” de su teoría de la “coacción psicológica”,⁹⁰ según la cual la conminación legal de la pena debía actuar en forma de “intimidación” sobre la colectividad, para evitar o prevenir que se infringiera el orden jurídico.⁹¹

Como se puede apreciar, para la eficacia de esta prevención general, más tarde llamada prevención general negativa o intimidatoria,⁹² el establecimiento previo del delito y su sanción (irretroactividad o *lex praevia*), así como el conocimiento lo más exacto posible de la conducta prohibida y la pena (taxatividad o *lex certa*), resultan ser exigencias lógicas y necesarias.⁹³

Así pues, en la concepción de FEUERBACH, sólo “cuando el precepto está claramente especificado, sólo cuando la pena está conminada de una manera que no pueda existir ninguna duda, la generalidad de los sujetos puede ser inhibido de la comisión de

⁸⁸ Pues esta idea se encuentra también presente en BECCARIA. Ver *De los delitos y de las penas*, ob. cit., los siguientes ejemplos: (1) afirma que la rigurosa y literal observancia de la ley penal es necesaria para dar seguridad a los ciudadanos, de modo que ellos puedan “calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho” (p. 37); (2) señala que cuanto “mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el sacro código de las leyes tanto menos frecuentes serán los delitos (p. 38); (3) al afirmar que el fin de la pena “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (p.51); (4) cuando escribe: “¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples” (p. 115), y (5) en la misma lógica de FEUERBACH, cuando sostiene que para evitar los delitos hay que hacer que los hombres teman a las leyes, porque el “temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos” (116).

⁸⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146

⁹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 886

⁹¹ MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 41. El autor agrega además que para FEUERBACH, “la ejecución de la pena es solamente la consecuencia necesaria y la afirmación de toda conminación”.

⁹² Sobre la prevención general, su origen en FEUERBACH y su evolución posterior, ver en detalle ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 89 – 93

⁹³ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146

delitos”.⁹⁴ Ello se basaba en la creencia según la cual la “coacción psicológica” actuaría con mayor eficacia cuanto más rigurosamente estuviese determinado “el mal de la pena”,⁹⁵ y la conducta punible, lo que convierte a FEUERBACH sino en el creador, al menos en el precursor de los tipos penales.⁹⁶

Tiempo después, ya a principios del siglo XX, fue también de crucial importancia para el desarrollo del significado jurídico penal la formulación de la teoría de la tipicidad efectuada por BELING, en la que el tipo penal aparece como un corolario o “precipitado técnico” del principio político *nullum crimen sine lege*.⁹⁷ La importancia de BELING reside, como bien se ha afirmado, en haber expuesto el paso lógico desde el aspecto político del principio de legalidad a sus consecuencias técnico-jurídicas.⁹⁸

En efecto, al haber sido consagrado el principio de legalidad penal en el ordenamiento positivo interno, incluso con rango constitucional como hemos visto, BELING se percató de que ello implicaba una serie de consecuencias que producían una transformación sustancial del derecho penal. Como destaca el propio BELING, anteriormente “el juez podía castigar toda ilicitud culpable”, ya que una acción que fuera antijurídica y culpable “era ya por eso una acción punible”, pudiendo el juez además “imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible”; en cambio, ahora, gracias al liberalismo del Siglo XVIII que combatió la

⁹⁴ BETTIOL, Giuseppe, *Dirito Penale. Parte Generale*. Verona, Padova, 8ª ed., 1973, P. 105. BETTIOL añade que esta era también la concepción de ROMAGNOSI, según la cual la pena funciona como un contra-impulso del impulso criminal, concepción psicológica que adoptaron los códigos decimonónicos surgidos en esta atmósfera política liberal, orientada hacia la prevención general, sentando de este modo en la base de la legislación, la regla de que no se puede crear delito ni pena sin una expresa disposición legal. BETTIOL, Giuseppe, *idem*

⁹⁵ JAKOBS, Günther, o *Derecho Penal. Parte General*, b. cit., p. 79

⁹⁶ Según MEZGER, es FEUERBACH “en el creador de los tipos penales claramente definidos”. MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 41

⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 887 nota 25

⁹⁸ *Ibidem*, p. 887; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 26

inseguridad jurídica de aquel sistema – prosigue BELING –, la legislación posterior redujo el concepto de ilicitud penal y extrajo determinados “tipos delictivos”, para cada uno de los cuales “se previó una pena concreta y precisamente determinada”, quedando así libres de pena ciertas formas de obrar ilícito “que no correspondían a ninguno de los tipos enumerados”, penalizándose, por el contrario, sólo ciertos modos de conducta antijurídica, los “típicos”. De este modo – concluye BELING – la protección jurídica del individuo se reforzó, al tomar “el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía”.⁹⁹

Así entonces, el concepto de tipicidad y la multiplicidad de tipos penales que hoy tenemos en nuestras legislaciones, son una consecuencia directa del principio de legalidad,¹⁰⁰ convirtiéndose en el paladín de la libertad humana (*Libertas sub lege*).¹⁰¹

Adicionalmente, BELING también conceptualizó el principio de legalidad penal distinguiendo entre lo que denominó “el tenor literal” y el “significado esencial”. El primero, lo identificó con la reserva sustancial y absoluta de ley para establecer delitos y penas y su correspondiente agravación, lo que implicaba la exclusión de las demás fuentes del derecho en este ámbito; en tanto que el “significado esencial” consistía en

⁹⁹ BELING, Ernst von, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*. Trad. de Sebastián Soler, de las obras originales alemanas *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed. 1930 y *Die Lehre von Tatbestand*, 1930, Buenos Aires, Palma, 1944, pp. 36 – 37. La doctrina española suele citar una explicación muy similar contenida en una publicación un año posterior, en italiano, *Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale*, en “Giustizia penale”, Roma, Vol. XXXVII, parte primera, Roma, 1931, pp. 319 – 320. Así lo efectúa RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., p. 887 nota 26 y DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 26 nota 31. Sin embargo, hemos preferido citar esta otra obra, que si bien es de 1944, está traducida directamente del alemán al español, de las versiones originales del año 1930.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 141

¹⁰¹ La expresión es utilizada por BETTIOL, Giuseppe, ob. cit., p. 108

otras exigencias adicionales que se desprendían de la reserva de ley, y que tenían que ver con el *quomodo* de la ley penal.¹⁰²

En la actualidad, lo que BELING denominó tenor literal y significado esencial del principio de legalidad, se identifican con sus cuatro consabidos elementos de *lex scripta* o reserva absoluta de ley, *lex certa* o mandato de taxatividad, *lex stricta* o prohibición de la analogía y en general de la creación judicial del derecho, y *lex praevia* o prohibición de retroactividad.¹⁰³

Todo lo que se ha dicho hasta aquí, indudablemente, es válido con respecto al delito (*nullum crimen sine lege*), pero es igualmente válido para la pena, (*nulla poena sine lege*). La pena también debe estar establecida en la ley y sólo en la ley (*lex scripta*); debe ser determinada, esto es, la ley al menos debe precisar la clase de pena y el marco penal (*lex certa*); todo lo cual debe efectuarse antes de la perpetración del hecho, estando prohibida toda ley retroactiva fundante o agravante de pena (*lex praevia*); como asimismo está prohibida toda fundamentación y ampliación de la punibilidad a través de la analogía, límites que también afectan a la interpretación de la ley (*lex stricta*).¹⁰⁴

¹⁰² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 27. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas, ob. cit., pp. 70 – 71

¹⁰³ Como veremos en detalle más adelante, buena parte de la doctrina identifica sólo tres elementos, a saber, *lex scripta*, *stricta* y *praevia*, englobando el mandato de taxatividad y la prohibición de la analogía bajo el epígrafe de *lex stricta*. Sin embargo, cada vez más se utiliza el rótulo *lex certa* para referirse al mandato de taxatividad y *lex stricta* para abordar la prohibición de la analogía. Por su parte, la doctrina alemana no habla de reserva absoluta de ley, sino de prohibición de invocar el derecho consuetudinario, quedando así configurado el principio de legalidad en cuatro prohibiciones: (1) prohibición de analogía; (2) la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena; (3) prohibición de retroactividad, y (4) prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Véase, entre otros, ROXIN, Claus, ob. cit., p. 140, HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 21 – 22, y en España CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 196.

¹⁰⁴ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez de la 11ª ed. alemana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed, 1993, p. 23 y p. 25. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 138

3. La conjugación de ambos significados

Como es ya fácil apreciar, si desde el significado político lo relevante es que el delito esté especificado en una ley emanada de un parlamento democráticamente elegido, lo importante para el significado jurídico, es que el sujeto haya conocido o podido conocer, de antemano y de la forma más exacta posible, la existencia de la prohibición y sus consecuencias, a fin de poder decidir si despliega, o se abstiene de desplegar, una determinada conducta.

Comprendiendo los significados y la trascendencia del principio de legalidad penal, v. LISZT llegó a acuñar en su momento su famosa frase, según la cual el Código Penal era “la Carta magna del delincuente”.¹⁰⁵ Sin duda, se trata de “una fórmula exagerada pero pegadiza”,¹⁰⁶ incorrecta pero ingeniosa y elocuente, que otros han preferido denominar la carta magna del ciudadano, ya que, como se ha afirmado “el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible *antes* del hecho”.¹⁰⁷

En todo caso, esta expresión de v. LISZT pone de relieve además otra circunstancia, y es que el principio de legalidad penal implica, también, que tanto los propios ciudadanos (honrados o no) como el Estado, hemos de asumir que, si en algún momento se comete un hecho socialmente dañino, por mucho que pueda parecer inmoral, atroz, aberrante, injusto o simplemente merecedor de una alta sanción, deberá quedar impune si antes no ha sido configurado expresamente como delito en la ley; y si ya era delito, deberá aplicarse la pena específicamente contemplada en la propia ley, por mucho que

¹⁰⁵ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 138. En la misma página, en nota al pie nº3, ROXIN detalla que esta famosa frase fue escrita en un informe del año 1893 para la IKV (Unión Internacional de Derecho Penal) (&3, nm. 12) impreso en: *Stafrrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, 75 y ss. (80).

¹⁰⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 138

¹⁰⁷ *Ídem* (Énfasis original)

las valoraciones posteriores nos indiquen que tal conducta era merecedora de una pena mucho mayor.¹⁰⁸ Este es el “precio” que se ha de pagar para prevenir la arbitrariedad y garantizar la seguridad jurídica, para que la potestad punitiva del Estado sea “calculable”,¹⁰⁹ controlable o previsible.¹¹⁰

4. Las distintas relaciones del principio de legalidad penal

Ya se ha dicho que el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales del derecho penal actual. No es aventurado entonces afirmar que el principio está en la base de gran parte de toda la construcción dogmática. Hasta aquí, se ha destacado la estrecha relación que existe entre el principio de legalidad penal y la tipicidad. Sin embargo, el principio de legalidad está, además, íntimamente ligado a la teoría de la culpabilidad, por cuanto la conminación legal previa es un presupuesto indispensable para que tenga cabida el reproche penal.¹¹¹ Lo propio puede decirse respecto del dolo (en cuanto el dolo es el conocer y el querer de la realización típica). Asimismo, se relaciona con la teoría del error,¹¹² ya que tanto el error de tipo como el error de prohibición, se sitúan sobre la base del presupuesto de la tipicidad, y ésta a su vez del principio de legalidad penal. Existen también innegables relaciones entre el principio de legalidad y las teorías de la pena.¹¹³ Evidentemente, también se relaciona con la interpretación de la ley penal,

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 137 – 138. Por su parte JAKOBS, en este mismo sentido, afirma que en estas situaciones, “por respeto a este principio puede absolverse al delincuente, en cuyo caso “el principio da lugar a injusticia en el caso concreto (a favor del autor), para afianzar en general la autoridad del Estado.” JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 82

¹⁰⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 138

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 22. Este autor señala que del respeto al principio de legalidad “se espera una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación del derecho y en su justificación, y de este modo, una mejor previsibilidad, y al mismo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales.” *Idem*.

¹¹¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80

¹¹² *Idem*

¹¹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 195 (y en nota 57 de la misma). También FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 277 – 278

y con su aplicación en el tiempo, en el espacio y en las personas. En fin, existe también, extra penalmente, una conexión del principio de legalidad con la seguridad jurídica, el principio de igualdad, incluso con los principios democráticos del Estado de Derecho, toda vez que la gravedad de las sanciones exige que la legitimidad democrática sea lo más directa posible.¹¹⁴

¹¹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80

CAPÍTULO III

Los fundamentos del principio de legalidad

1. Planteamiento

La doctrina en general se ha ocupado de identificar cuál es, o cuáles son, los fundamentos últimos del principio de legalidad, entendiendo por tales aquellos capaces de dar cuenta o explicar todos sus significados, tanto el significado político como el jurídico penal, así como todas las consecuencias o exigencias jurídicas que de ellos se desprenden, esto es, *lex scripta, stricta, certa y praevia*.

Como veremos a continuación, sobre este tema existen distintas posiciones teóricas que difieren entre sí. Una dificultad añadida viene dada porque muchos de los autores consultados no abordan sistemáticamente esta temática y se limitan a insertar afirmaciones aisladas sobre los fundamentos, bien al abordar la evolución histórica, bien al tratar de los significados (político y jurídico penal), bien al ocuparse de las garantías y elementos del principio de legalidad.¹¹⁵ Asimismo, quienes sí se ocupan específicamente de esta materia lo hacen a veces bajo el rótulo de fundamentos,¹¹⁶ que es el que hemos seguido aquí, pero otros bajo la denominación de “funciones” del principio de legalidad,¹¹⁷ y hay quien emplea incluso una denominación diferente

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 105 – 106; CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 203 – 204; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., pp. 70 – 75; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit., pp. 46 – 49; RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo, ob. cit., pp. 886 – 887; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual ...* ob. cit., p. 69, entre varios otros.

¹¹⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 9 – 20; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 199 – 203; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 28 – 32; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios*, ob. cit., pp. 57 – 59

¹¹⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 77 – 85; JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., pp. 134 y 140

(raíces);¹¹⁸ sin embargo, en todos los casos se hace referencia a la misma problemática que acabamos de enunciar, esto es, establecer uno o más principios, valores, finalidad o fundamentos, sobre los cuales basar el principio de legalidad y todas las exigencias jurídicas que de él se derivan.

Lo que sigue entonces, es un intento por exponer de manera más o menos sistemática los distintos fundamentos que ha dado la doctrina. Primero presentaremos cada uno de ellos aisladamente, para luego dar cuenta de las diferentes combinaciones que efectúa la doctrina de unos y otros fundamentos, ante la dificultad de encontrar un fundamento único, para finalmente ofrecer una visión crítica desde un enfoque ligeramente diferente.

2. Los fundamentos

2.1. La prevención del delito

La prevención del delito ha sido un fundamento históricamente esgrimido por la doctrina, al punto que algunos autores, todavía hoy, lo identifican con “el” fundamento jurídico penal o científico (que otros llaman también “político criminal”), esto es, como el único fundamento plausible de carácter específicamente penal.¹¹⁹

Este fundamento arranca en la teoría de la coacción psicológica elaborada por FEUERBACH,¹²⁰ cuya finalidad es la prevención general del delito. El planteamiento básico es que “sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión, sólo la previa

¹¹⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 144 – 147, los denomina “Las raíces de Teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad”.

¹¹⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 14 – 15; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 30 – 31. Sin perjuicio de que complementan este fundamento con otros dos, como se verá más adelante.

¹²⁰ Mencionan este fundamento, aunque ambos con una perspectiva crítica, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 200 – 201, y ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 145 – 146

conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos”.¹²¹

De este modo, si la finalidad del derecho penal en su conjunto es la prevención del delito, para que ella sea posible es necesario que los ciudadanos conozcan o puedan conocer la norma penal, la que deberá constar en un texto jurídico escrito, que detalle con la mayor precisión posible cuál es la conducta incriminada y su correspondiente pena, con anterioridad a la comisión del delito, no pudiendo posteriormente el juez efectuar una aplicación analógica si es que la conducta concreta no está contenida en la norma penal.

La prevención general puede entonces fundamentar, sin lugar a dudas, las exigencias de *lex certa* (mandato de taxatividad), *lex praevia* (irretroactividad),¹²² y tal vez la exigencia de una *lex stricta* (prohibición de analogía),¹²³ pero sólo un aspecto de la *lex scripta* (un texto jurídico escrito), ya que no puede fundamentar la reserva absoluta de ley en toda su dimensión, al no explicar por qué la norma penal debe ser necesariamente una ley en sentido formal, esto es, una ley que emane además de un parlamento democráticamente elegido (significado político).

¹²¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 14

¹²² Ello, permite fundamentar entonces la prohibición de retroactividad y el mandato de taxatividad. ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 14. De aquí provienen, para ARROYO, como consecuencia fundamental, “la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación). *Ídem*.

¹²³ Lógicamente, si de lo que se trata es de intimidar, de provocar un contra impulso en los ciudadanos para evitar el delito, y ello requiere el conocimiento previo de la norma penal, difícilmente podrá conseguirse este objetivo si luego el juez puede aplicar la norma penal a supuestos fácticos no comprendidos en ella.

Este tipo de prevención general, más tarde llamada negativa o intimidatoria,¹²⁴ es actualmente rechazado por la doctrina como fundamento del principio de legalidad, principalmente por haber sido superada la teoría de la coacción psicológica.¹²⁵

No obstante, la versión actual de la prevención general, llamada positiva o integradora, también se ha propuesto como un fundamento posible para la mayoría de los elementos del principio de legalidad y el significado jurídico penal. Así, se afirma que “si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no lo hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos”.¹²⁶

2.2. El principio de culpabilidad

También se ha propuesto como fundamento del principio de legalidad a otro principio medular del derecho penal, el principio de culpabilidad, en tanto en cuanto la tipificación previa de la conducta punible es un presupuesto ineludible del reproche penal.¹²⁷ Esta propuesta se basa en que sólo es posible reprochar la conducta del sujeto y luego sancionarla, si éste previamente sabía o podía saber que esa conducta concreta

¹²⁴ Para la prevención general negativa, ver MAURACH, Reinhart, *Derecho pena. Parte general*. Trad. de Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 106 – 107.

¹²⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 201; ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146

¹²⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146. ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 14, señala que no se trata de fundamentar el moderno derecho penal en la teoría de la coacción psicológica, sino en la *Función de motivación de la norma*. En cambio, para CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 201 - 202, los fundamentos del principio de legalidad “se han ido distanciando cada vez más de las cambiantes teorías de la pena”.

¹²⁷ Citan este fundamento, siempre desde una perspectiva crítica, ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 15; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80; ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 146 – 147. (ROXIN cita a los autores que adhieren a esta posición: SAX, 1959, 998 SS; Maunz/Düring/Schmidt-AB(beta)mann, GG, art. 103 II, nm. 165; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 98) ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146 nota 28

constituía un delito establecido en la ley,¹²⁸ y aun así el sujeto llevó a cabo esa conducta, ya fuera dolosa o culposamente.

El principio de culpabilidad eventualmente podría explicar por qué es necesario que esté disponible para los ciudadanos un texto jurídico escrito, que especifique con la mayor exactitud posible la conducta constitutiva de delito, de manera previa a su comisión, y que el juez no pueda aplicar por analógica la norma penal a una conducta concreta que no está expresamente contenida en ella.

Así entonces y de manera similar al fundamento anterior, el principio de culpabilidad permite explicar la *lex certa* (mandato de taxatividad), la *lex praevia* (irretroactividad), la *lex stricta* (prohibición de analogía), pero tan sólo un aspecto de la *lex scripta* (texto jurídico escrito), y no la reserva absoluta de ley en toda su dimensión, ya que no nos dice por qué el delito y la pena han de estar establecidas necesariamente en la ley y no en otra fuente del derecho,¹²⁹ ley que además ha de haber sido promulgada por un parlamento democráticamente elegido.¹³⁰

Pero hay todavía un problema mayor. La fundamentación que puede brindar el principio de culpabilidad es todavía más precaria si se la compara con la prevención del delito. Allí, toda la fundamentación, aunque parcial, era aplicable tanto a la legalidad del delito como a la de la pena; aquí, sin embargo, todo lo dicho es predicable respecto del delito

¹²⁸ Ello, porque “sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho.” ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146. En palabras de JAKOBS, para la culpabilidad se requiere “el conocimiento o cognoscibilidad del injusto”, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 81

¹²⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 15; CUELLO, añade que bastaría “la prohibición procedente de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico (por ej., el Derecho civil: en cuanto el delito de estafa contiene un enriquecimiento sin causa del autor a costa de la víctima, lo que el Derecho civil ya prohíbe).” CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 200 – 201

¹³⁰ Para CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 201, de admitirse este planteamiento, “se tiraría por la borda todo el fundamento constitucional del Derecho penal”.

(*nullum crimen sine lege*), pero no respecto a la legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*), sobre lo cual el principio de culpabilidad no nos ofrece ningún tipo de justificación.¹³¹ Ello, porque para poder efectuar el reproche penal basta que el sujeto haya conocido o podido conocer el delito, pero no hace falta que haya conocido o podido conocer la pena asociada a dicho delito.¹³² El tipo de pena y el *quantum* o medida de la pena, es una consecuencia del reproche penal pero no un requisito del mismo.

La doctrina todavía señala otras deficiencias. Y es que si bien el principio de culpabilidad permite explicar la irretroactividad y la prohibición de analogía con respecto al delito, no explica por qué el derecho penal admite la retroactividad de la norma favorable y la analogía *in bonam partem*.¹³³ La culpabilidad tampoco nos ofrece ninguna pista al respecto.

Por todas estas sobradas razones, actualmente se suele rechazar al principio de culpabilidad como fundamento del principio de legalidad. Con todo, de este fundamento cabe rescatar que, efectivamente, para que la conducta sea reprochable, el sujeto ha debido tener la posibilidad de conocer la norma penal, de modo que el conocimiento o cognoscibilidad es un presupuesto indispensable de la culpabilidad, específicamente de la conciencia del injusto referida al tipo. Por ello, se ha afirmado que la idea de la

¹³¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 15 - 16 CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 200 - 201.

¹³² ROXIN, Claus, ob. cit., p. 147, “considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el *injusto*, no la *punibilidad* de una conducta, y por tanto el principio *nullum crimen*, al requerir la previa fijación de la punibilidad, va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad. Esto es indiscutible;”. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80, sostiene que la culpabilidad no puede explicar por qué la ley, ni por qué la legalidad debe “abarcarse incluso la punibilidad y la medida de la pena (lo que también se excluye en ocasiones)”. Cita a Grünwald y a Shreiber. Más adelante, JAKOBS añade que para la culpabilidad se requiere “el conocimiento o cognoscibilidad del injusto”, pero exige este conocimiento o cognoscibilidad con respecto no explica a la pena y la medida de la pena. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 81

¹³³ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 15 - 16

culpabilidad sí “se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad”, como uno más entre otros posibles, siendo por el contrario incorrecto considerarlo como un fundamento único o como un mera “especificación del principio jurídico penal de culpabilidad”.¹³⁴

2.3. La exigencia de certeza o seguridad jurídica

Otros autores han propuesto como fundamento de la legalidad penal a la idea, valor o principio de seguridad jurídica,¹³⁵ postulado que cuenta con respaldo en el propio texto constitucional, en el artículo 9.3 de la Constitución Española.¹³⁶

Al igual que en los casos anteriores, la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos podría fundamentar la exigencia de un texto jurídico escrito, que describa con precisión la conducta punible y la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de la analogía, y siendo todo ello predicable respecto tanto del delito como de la pena. Para satisfacer la seguridad jurídica, los ciudadanos han de conocer o poder conocer no sólo la conducta incriminada sino además todas las consecuencias que les acarrearía incurrir en dicha conducta prohibida.

Dicho esto, las deficiencias son similares también a las que poseen los fundamentos anteriores, objetándose que la seguridad jurídica no explica la exigencia de una reserva absoluta de ley, en sentido formal, y tampoco la retroactividad de la norma penal favorable,¹³⁷ así como la analogía *in bonam partem*. La seguridad jurídica del imputado

¹³⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 147

¹³⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 16

¹³⁶ Que dispone: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹³⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 16

no se ve afectada, ni positiva ni negativamente, por una retroactividad o una analogía favorable, por lo que no puede ser el fundamento de las mismas.

Aunque la seguridad jurídica tiene estos límites, la retroactividad favorable al imputado bien podría encontrar su fundamento en el propio texto constitucional, o más bien, en una interpretación *a contrario sensu* del artículo 9.3, cuando dispone que la Constitución garantiza: “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Pero hay que tener presente que si bien la Constitución no prohíbe la retroactividad de las normas sancionadoras favorables y de las que no restringen derechos o los restringen de un modo más benigno, tampoco ordena o impone expresamente su retroactividad.¹³⁸

2.4. La previsibilidad de la reacción estatal como elemento fundamental del ideal de seguridad jurídica

Sin duda se trata de una variante del fundamento anterior, que pone a la seguridad jurídica del ciudadano como el fin u objetivo a alcanzar, y a la previsibilidad de la reacción estatal como el medio indispensable para garantizar dicho fin.¹³⁹ De este modo, para que el ciudadano pueda disfrutar de su esfera de libertad, es necesario que conozca los límites que impone la ley a dicha esfera de libertad. Por el contrario, si “las leyes no reúnen el suficiente grado de claridad y determinación, la inseguridad jurídica reinará en la sociedad y la libertad será inexistente”.¹⁴⁰

¹³⁸ En este sentido se ha afirmado que la Constitución “permite, pero no impone” la retroactividad favorable. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 72.

¹³⁹ En palabras de MADRID CONESA, “La seguridad jurídica viene entendida en el sentido de la posibilidad de previsión de la reacción estatal”. MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*. Valencia, Universidad de Valencia, 1983, p. 10

¹⁴⁰ *Ibidem.*, p. 9

Al respecto se destaca que una vez abandonada la utópica postura de la Ilustración que concebía al individuo como un ente plenamente informado y consciente de sus actos en relación a la ley, se transitó desde este “concepto subjetivo de previsibilidad a un concepto mucho más objetivo, como es aquel de la cognoscibilidad”.¹⁴¹ Esto es, no podemos presuponer que el sujeto conoce la norma, pero al menos ella misma debe ser cognoscible.

Desde esta perspectiva, la previsibilidad de la actividad represiva del Estado puede explicar la exigencia de un texto jurídico escrito en el que conste qué es delito y cuál es la pena y su medida, que ello se efectúe de manera precisa y determinada, la prohibición de irretroactividad en perjuicio del acusado, así como de analogía e interpretaciones extensivas, tanto respecto del delito como de la pena.¹⁴²

Sin embargo, nuevamente, por sí sola la previsibilidad no puede fundamentar la reserva absoluta de ley, en sentido formal.¹⁴³ Con respecto a la retroactividad y la analogía favorable al imputado, en principio la previsibilidad tampoco nos dice mayor cosa. Lo que debe ser previsible son las actividades estatales que perjudican al ciudadano, no las que lo benefician, de manera que la previsibilidad no prohíbe, pero tampoco impone, la retroactividad y analogía favorables.

A estas deficiencias se han añadido otras objeciones. Se observa que en la actualidad el pueblo no lee la ley, y si lo hiciera tampoco podría llegar a entenderla, siendo la publicación una mera ficción de que se está dando a conocer la ley a los ciudadanos,

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 10 – 11

¹⁴² Ver CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 202

¹⁴³ MADRID CONESA, Fulgencio, ob. cit., pp. 16 – 17 Afirma este autor incluso que, “si realmente el principio de legalidad estuviera fundado en la previsibilidad o cognoscibilidad de las reacciones estatales, esta cognoscibilidad puede lograrse perfectamente, incluso mejor que con la ley formal, mediante reglamentos, que suelen ser mucho más concretos o detallados y, por tanto, más seguros que las leyes, u otorgando fuerza legislativa a las decisiones judiciales publicadas.” *Ibidem*, p. 17

ficción que se basa a su vez en la ficción de que todo ciudadano debe conocer la ley.¹⁴⁴ También se aduce que ni siquiera un experto puede predecir con certeza cuál será la interpretación de la ley y por consiguiente la reacción estatal, por lo que menos podrá todavía hacerlo un lego, todo lo cual dificulta, cuando no imposibilita conocer el contenido exacto de muchas disposiciones legales.¹⁴⁵ Toda esta problemática debió dar paso, en sede de la culpabilidad, a las reglas de error de prohibición.¹⁴⁶

Finalmente, se ha observado también que al haber transitado desde el conocimiento hacia la cognoscibilidad, en cierto sentido, se abandonó la idea misma de previsibilidad para entrar en otro fundamento distinto, la idea de la protección contra la arbitrariedad del poder del Estado.¹⁴⁷

2.5. La interdicción de la arbitrariedad estatal

Otro fundamento que aparece con cierta frecuencia en la doctrina lo encontramos en la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”,¹⁴⁸ que también cuenta con el respaldo del texto del art. 9.3 de la Constitución Española.

Si los poderes públicos no deben actuar arbitrariamente en sus actuaciones, a la hora de establecer los delitos y las penas, y al momento de enjuiciar la conducta de los ciudadanos, bien puede argumentarse que ello exige un texto jurídico escrito, que describa con precisión la conducta punible y la pena, debiendo estar prohibida la retroactividad y la analogía tanto del delito como de la pena.

¹⁴⁴ MADRID CONESA, Fulgencio, ob. cit., p. 15

¹⁴⁵ *Ídem*

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 15 - 16

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 12, idea que el autor repite en p. 13

¹⁴⁸ Una variante es la prohibición de arbitrariedad, idea que aparece en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual ...* ob. cit., p. 69.

Similarmente a los fundamentos anteriores, por sí sola esta interdicción de la arbitrariedad no permite fundamentar la reserva absoluta de ley, en sentido formal, como tampoco retroactividad y la analogía benéfica o favorable al imputado, ya que estas últimas no pueden ser consideradas ni como arbitrarias ni como no arbitrarias en sí mismas.

La dificultad añadida de este fundamento está en que no siempre será fácil saber en cada caso qué es arbitrario y qué no lo es. La arbitrariedad es todo “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”.¹⁴⁹ Sin duda se trata de un concepto amplio, como tantos otros, que requiere ser precisado, por lo que necesariamente debemos atender a uno o más criterios adicionales, previamente establecidos, para saber si el acto o el ejercicio de un poder, dependen sólo de la voluntad o del capricho, o si ellos responden a una exigencia de “la justicia”, “la razón” o “las leyes”, como pueden ser en nuestro caso un texto constitucional concreto, o unos principios, valores o fundamentos, como la seguridad jurídica, la separación de poderes, etc. Ahora bien, si aquellas referencias a valores, principios o normas jurídicas están previamente definidas (y generalmente lo están en el texto constitucional), la interdicción de la arbitrariedad puede servirnos como un criterio rector en la interpretación y la aplicación del principio de legalidad, pudiendo ser considerado, desde esta perspectiva, como un fundamento complementario, o si se quiere, como un meta criterio o un meta fundamento, hacia el cual los demás pueden orientarse.

¹⁴⁹ Según la definición del diccionario de la Real Academia de la lengua española. Cfr. <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitrariedad>

2.6. La protección de la confianza

Un amplio sector busca la fundamentación del principio de legalidad en la protección de la confianza,¹⁵⁰ pero siempre jugando un rol complementario de otros fundamentos, ya sea la previsibilidad,¹⁵¹ ya sea como componente necesario del Estado de Derecho.¹⁵²

El planteamiento básico que se formula sobre este fundamento es que, el ciudadano que se mantiene “fiel al derecho”, que no infringe la norma penal, debe poder confiar “en que su comportamiento no va a ser definido posteriormente como injusto”, confiar en que su libertad no corre el peligro de sufrir “consecuencias gravosas de modo no calculable”.¹⁵³

Así entonces, para que los ciudadanos puedan confiar en el sistema jurídico penal y para que el Estado no defraude esa confianza, la actividad sancionadora debe ser entonces “calculable”, lo que exige que tanto el delito como la pena estén establecidos en un texto jurídico escrito, de manera precisa y detallada, con anterioridad a los hechos, y que posteriormente el juez no aplique esa norma a supuestos no contenidos en ella.

Una vez más, la protección de confianza permite fundamentar con respecto al delito y la pena, la *lex certa, praevia y stricta*, pero sólo una parte de la *lex scripta*, al no poder explicar la exigencia de reserva absoluta de ley, en sentido formal. Tampoco la protección de confianza nos dice nada, ni a favor ni en contra, de la retroactividad y de la analogía en beneficio del acusado.

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 81

¹⁵¹ Así lo hace CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 202

¹⁵² Lo afirma JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 81

¹⁵³ *Ídem*

Además de lo dicho, hay quien objeta que la protección de la confianza no permite justificar adecuadamente, o no en su totalidad, la legalidad de la pena. Puede explicar la existencia de una pena y la exigencia de que su gravedad se corresponda con la gravedad del delito cometido, pero no su medida concreta, el *quantum* de la pena o “la etiqueta del precio” fijado para el delito.¹⁵⁴ Esta opinión es ciertamente discutible, desde que, tal y como se ha planteado, la confianza proviene de una actividad represora estatal “calculable”, y ciertamente el *quantum* de la pena puede entrar perfectamente en el cálculo efectuado de manera previa a la comisión del delito.

Si de ello se trata, en realidad todo el sistema penal puede entrar en consideración a la hora de efectuar dicho cálculo. De hecho, hay quien considera que la protección de la confianza permite fundamentar otras consecuencias que son generalmente discutidas en la doctrina, como por ejemplo la prescripción de los delitos transcurrido cierto período de tiempo desde su perpetración, ya que es “garantía de imparcialidad del Estado en su lucha contra el delito”, concluyendo que el principio de legalidad, “debe alcanzar a *todo* lo relacionado con la justicia penal”.¹⁵⁵

Se objeta a esta posición que al entrar en esta dinámica, estamos en realidad basando la justificación del principio de legalidad y su extensión en la subjetividad del autor del delito, por lo que “la psique del autor (confianza) no es el punto de partida correcto”. Sin embargo, lo que plantea esta posición es fundamentar el principio de legalidad en la confianza de los ciudadanos hacia el Estado, “generalizadamente” o “a la larga”, y no

¹⁵⁴ Opinión del propio JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 81 – 82

¹⁵⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 202 (énfasis original). En contra JAKOBS: “La protección de la confianza, de carácter psicológico, “extravía hasta llevar a la suposición de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que en el cálculo del autor no desempeña papel alguno la prescripción, y mucho menos papel alguno digno de protección.” JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 83

basados en un caso concreto,¹⁵⁶ de ahí entonces que este planteamiento tenga también sus limitaciones para fundamentar todas las consecuencias que se extraen del principio de legalidad.

Si no queremos subjetivar este fundamento y mantenerlo dentro de cánones generalizables y objetivos, la protección de confianza necesita de otros fundamentos complementarios, como es, entre otros, la “imparcialidad del Estado” en la persecución penal, característica o requisito que indirectamente podría formar o contribuir a formar esa confianza de los ciudadanos.¹⁵⁷ Por ello, conviene revisar dicha imparcialidad estatal como fundamento autónomo, sin perjuicio de las combinaciones que efectúa la doctrina y que se revisarán más adelante.

2.7. La sujeción a la ley como garantía de objetividad

Según JAKOBS la sujeción a la ley garantiza la objetividad del Estado, siendo esta objetividad la que, a su vez, permite fundamentar el principio de legalidad penal, en toda su dimensión.

De acuerdo a esta postura, que el comportamiento punible y la medida de la pena deban ser establecidas “*por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”; son consecuencias de la objetividad estatal, derivada de la sujeción a la ley. Dicho a la inversa, el delito y la pena “no se deben determinar bajo la impresión de los hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 82

¹⁵⁷ Para hacer esta afirmación, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 202 se apoya en JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 81, pero critica la protección de confianza y basa su afirmación, de que todo el sistema penal debe estar regido por el principio de legalidad, en el fundamento que elabora el propio JAKOBS, que es, la imparcialidad estatal.

como medio contra autores conocidos”, ya que de ser así el Estado no estaría siendo objetivo.¹⁵⁸

La sujeción a la ley como garantía de objetividad, permitiría fundamentar así la *lex praevia, stricta y certa*. En cuanto a la *lex scripta*, si bien en principio ella podría quedar justificada en toda su extensión, esto es, una ley en sentido formal, ello es en realidad como resultado de incluir a la ley como axioma o presupuesto ya en el propio fundamento (sujeción a la ley como garantía de ...), incurriéndose así una suerte de “petición de principio”. Cabe recordar, además, que la sujeción a la ley o imperio de la ley, es a su vez parte integrante del significado político del principio de legalidad, con lo cual, se incurre a su vez en una tautología, al emplear como fundamento del principio de legalidad a uno de los significados del mismo principio.

Estas dificultades en la fundamentación, probablemente se deban a que la pura objetividad no basta para justificar en toda su dimensión a la *lex scripta*, ya que la objetividad puede ser igualmente satisfecha con una norma jurídica escrita que tuviera validez general, no explicando por sí misma la necesidad de una ley en sentido formal, ni su significado político, esto es, su origen democrático.

Convengamos entonces en que, aunque no lo parece en principio, la sujeción a la ley como garantía de objetividad, no es un único fundamento sino uno de carácter dual, ya que comprende tanto la necesidad de objetividad como la sujeción o imperio de la ley.

Con todo, la virtud de este planteamiento, como destaca el propio JAKOBS, es que permite fundamentar no sólo los cuatro elementos del principio de legalidad, sino que además “abarca a todos los presupuestos de punibilidad”, en especial a la prescripción,

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 82 y en nota 19. Sigue este planteamiento en España, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., p. 202, pero junto a otros elementos como la “transparencia de la función estatal, que no es sino una derivación de lo mismo, en mi opinión.

la cual no sólo ha de estar legalmente determinada” sino que tampoco “cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no.”

¹⁵⁹ Ello, porque el modificar el plazo de prescripción o al variar sus requisitos, el estado “amplía su competencia para punir” de forma deliberadamente retroactiva, esto es, “bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por enjuiciar (¿para qué si no la retroactividad?)”.¹⁶⁰

En base a este fundamento dual, el principio de legalidad abarcaría también otros elementos anexos al delito y la pena, como serían, además de la prescripción, los demás requisitos de persecución del delito, los requisitos para interponer una querella, o aquellos necesarios para dictar un sobreseimiento, abarcando de esta forma, todos los presupuestos sustantivos y procesales que involucren garantías de carácter objetivo, quedando excluidas únicamente las normas orgánicas y procedimentales que no involucren estas garantías.¹⁶¹

2.8. Un fundamento político para el significado político

Ante la dificultad de encontrar un fundamento único que abarque todos los aspectos del principio de legalidad, quedando generalmente sin cobertura el significado político del principio, se ha buscado un fundamento propio y específico para el mismo.

Tanto la supremacía o imperio de la ley como la separación de poderes, en cuanto elementos integrantes del concepto de Estado de Derecho, generalmente son abordados

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 82 – 83

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 83. JAKOBS agrega: “Otro tanto es válido para el requisito de querella o de poder para perseguir (*Verfolgungsmächtigung*), que no se puede suprimir retroactivamente. Tampoco cabe recortar retroactivamente la posibilidad de sobreseimiento de los §§ 153, 153^a stPO.” *Ídem*.

¹⁶¹ En palabras de JAKOBS, “El principio de legalidad acaba en las normas de organización judicial y procedimental, pero sigue comprendiendo desde luego las garantías de (p. 84) transcurso objetivo, que no pueden reducirse retroactivamente, sino a lo sumo sustituirse por equivalentes funcionales.” JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 83 – 84

bajo el rótulo de “fundamento político del principio de legalidad”.¹⁶² La doctrina destaca que, de la consideración conjunta de estos dos elementos del Estado de Derecho (imperio de la ley y separación de poderes), se obtiene como consecuencia necesaria que corresponde sólo al legislador, y por ende no al poder ejecutivo ni al judicial, “la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas)”,¹⁶³ o reserva absoluta de ley o *lex scripta*. Y ello ha de ser así, porque es el poder legislativo democráticamente elegido, el órgano que representa a la voluntad general,¹⁶⁴ y porque además, se estima valioso que esta intervención tan intensa sobre los derechos de los ciudadanos, sea siempre producto de la dialéctica democrática al interior del parlamento,¹⁶⁵ en la cual se expresa la oposición y las minorías que limitan y controlan la voluntad de la mayoría,¹⁶⁶ cuyo resultado final es “ser expresión no de una oligarquía restringida, sino de todo el pueblo que mediante sus representantes, espera que su ejercicio tenga lugar no ya arbitrariamente, sino para su bien y en su interés”.¹⁶⁷

Este fundamento, además de las referencias históricas, se encuentra plenamente vigente, ya que a pesar de las inevitables imperfecciones y lentitud del procedimiento legislativo,¹⁶⁸ y en tanto no se avance hacia un sistema más participativo, el parlamento continúa siendo “la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del

¹⁶² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 28 – 30. Como veremos, la autora lo denomina fundamento político democrático representativo.

¹⁶³ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 12

¹⁶⁴ *Ídem*

¹⁶⁵ En el Estado liberal de Derecho se ejerce a través de representantes, por una parte, pero también, tiene que ver con que, “la intervención represiva sea siempre el producto de la dialéctica democrática en el interior del parlamento”. ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 13, citando a BRÍCOLA: “legalità e crisi: L’articolo 25.2 e 3 della Costituzione rivizzato a la fine degli anni 70” en *La Questione Criminale*, 1980, p. 128

¹⁶⁶ BRÍCOLA, Franco, ob. cit., p. 136

¹⁶⁷ *Ídem*

¹⁶⁸ BRÍCOLA: “El procedimiento legislativo, aun con sus inevitables imperfecciones y lentitud, es en el actual momento político y constitucional el medio más idóneo para garantizar tales bienes.” [se refiere a la garantía de libertad para el ciudadano]. BRÍCOLA, Franco, ob. cit., p. 136

poder del Estado”,¹⁶⁹ y porque es allí donde se adoptan decisiones en abstracto, con validez general y sin atender a un individuo o un caso en concreto.¹⁷⁰

Desde esta perspectiva, y para diferenciar este fundamento político de los otros que hemos revisado, particularmente de la prevención del delito, la doctrina pone énfasis en que en este aspecto no se trata tanto de saber o no saber lo que la ley permite o prohíbe, de obtener seguridad jurídica, porque ello también puede brindarlo un reglamento, como hemos visto, o incluso un legislador no democrático. Por el contrario, aparece más bien, y primeramente, “como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad” de sus ciudadanos,¹⁷¹ dada por la reserva absoluta de tales competencias a los representantes de la voluntad general. Por ello es que este fundamento político tiene el apellido de *democrático representativo*,¹⁷² toda vez que la gravedad de las sanciones penales, exigen que la legitimidad democrática sea lo más directa posible.¹⁷³

La necesidad de legitimidad democrática de la norma penal, es la que permite entonces fundamentar la reserva absoluta de ley en toda su extensión, incluido su significado político.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p.145, énfasis original.

¹⁷⁰ “Así cuando se entiende que el fin del art. 103 II GG es la idea de protección de la confianza, de la previsibilidad y de la culpabilidad del Derecho penal, o la evitación de decisiones en el caso concreto acompañadas emocionalmente, o cuando se considera la “protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial” como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación, todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.” ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 144 – 145

¹⁷¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 13

¹⁷² *Ídem*

¹⁷³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80. En este sentido, también se ha afirmado: “Precisamente, porque la aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano, la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado, esto es, el Parlamento como representación electa del pueblo.” DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 29

Lo anterior, trae indudables consecuencias, que permiten justificar o fundamentar la mayoría de los elementos del principio de legalidad. En efecto, si la norma penal necesita estar democráticamente legitimada, encontrando por ello su mejor expresión en una ley formal, por la misma razón (necesidad de legitimidad democrática de la norma penal) es posible fundamentar la prohibición de la analogía y de interpretaciones extensivas. La separación de poderes permite fundamentar que, dentro de este reparto de funciones, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponda exclusivamente al poder judicial (garantías jurisdiccional y de ejecución), labor que se ha de efectuar de conformidad a lo preceptuado por la ley.¹⁷⁴

Por el contrario, ninguno de estos elementos del Estado de Derecho permitiría – se afirma – fundamentar la prohibición de retroactividad de la ley ni el mandato de taxatividad,¹⁷⁵ como tampoco la legalidad de la pena, esto es, “la prohibición de determinación retroactiva de lo punible, o de la medida de la pena, o la prohibición de leyes indeterminadas o de condiciones de punibilidad no válidas en general”, ya que ellos “no son algo específico de la democracia”.¹⁷⁶

Con todo, no deja de ser en cierta medida tautológico que el significado político (sólo una ley democrática puede establecer delitos y penas), tenga como fundamento la necesidad de legitimidad democrática. A su vez, ambos, significado y fundamento político, tienen su origen en el principio de separación de poderes y en el imperio de la ley, esto es, en dos elementos del Estado de Derecho.

¹⁷⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 13

¹⁷⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 29 – 30. La división de poderes no indica nada, no incide en la retroactividad, ya que esta prohibición se refiere a todos los poderes. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 81

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 80

2.9. Fundamento tutelar del ciudadano

Finalmente, se reconoce además al principio de legalidad otro fundamento, que es el de ser una garantía del ciudadano frente a la privación o restricción de sus derechos por el Estado.¹⁷⁷ La garantía de los derechos, pese a ser un elemento integrante del Estado de Derecho,¹⁷⁸ suele ser tratada como un fundamento separado de los otros dos componentes del Estado de Derecho, (imperio de la ley y separación de poderes), que son abordados por parte de la doctrina bajo la denominación de fundamento político, como hemos visto.

La garantía o tutela del ciudadano frente al Estado es en general invocada como fundamento, no para explicar o derivar de él uno o más elementos del principio de legalidad – *lex scripta, stricta, certa y praevia* –, sino para determinar el sentido del principio y el de cada uno de estos subprincipios,¹⁷⁹ esto es, como una suerte de criterio orientador o principio rector en la aplicación de todos ellos.

De este modo, la garantía o tutela del ciudadano hace que la reserva absoluta de ley sea entendida como un requisito ineludible que el Estado debe cumplir para crear delitos y penas, ya que inciden en un bien fundamental como es la libertad personal,¹⁸⁰ y hace que no resulte prohibida la retroactividad de las normas favorables, la analogía *in*

¹⁷⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 18 – 20; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 31 – 32; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 199 – 200; BRICOLA, Franco, ob. cit., p. 136

¹⁷⁸ Ver en detalle DÍAZ, Elías, ob. cit., pp. 23 – 42. Asimismo, es pertinente recordar que el art. 16 de la Declaración francesa de 1789 señalaba en su artículo 16: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Disponible en:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

¹⁷⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 18

¹⁸⁰ BRICOLA, Franco, ob. cit., p. 136

bonam partem, que deban preferirse las interpretaciones *pro reo* a las que no lo son, y que se reconozcan al Juez amplias facultades para atenuar la pena.¹⁸¹

El principio de legalidad y sus elementos logran ser, desde esta perspectiva tutelar, coherentes con una de las “ideas fundamentales del Estado democrático: el de expansión máxima de los derechos y libertades del individuo”, que se traduce en el ámbito penal como “principio de intervención mínima” y que condicionan o restringen el ejercicio del *ius puniendi*.¹⁸²

Así entonces, las prohibiciones, restricciones y limitaciones que impone el principio de legalidad comprenden toda la actividad estatal destinada a incriminar al individuo,¹⁸³ esto es, “frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables”, pero “no frente a condiciones favorables”,¹⁸⁴ o en beneficio del inculpado, porque precisamente el principio se orienta hacia la protección o tutela del ciudadano y a la limitación del Estado, y no al revés.

Se trata, en definitiva, de un “derecho fundamental a la legalidad penal”,¹⁸⁵ ya que tales prohibiciones, restricciones y limitaciones del Estado no son una concesión graciosa o facultativa del legislador, sino un auténtico derecho, consagrado constitucionalmente,¹⁸⁶

¹⁸¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 31, ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 18. Al respecto WELZEL, Hans, ob. cit., p. 27, también estima que “son admisibles la analogía que restringe la punibilidad y el derecho consuetudinario que suprime la punibilidad, del mismo modo que las causas de justificación o exculpación extra o supralegales”. Con todo, BRICOLA, se manifiesta en contra de la analogía incluso *in bonam partem*, pese a su concepción garantista (de que es una garantía) del principio de legalidad. BRICOLA, Franco, ob. cit., p. 167

¹⁸² ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 18, quien sentencia: El principio de legalidad “está bien lejos de ser una manifestación de la concepción hegeliana del Estado”.

¹⁸³ BRICOLA, Franco, ob. cit., p. 137

¹⁸⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 18

¹⁸⁵ Este acertado título corresponde al artículo de HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 39, 1993, Madrid, pp. 81 – 114.

¹⁸⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 18

el cual, en el caso de España, su vulneración puede ser recurrible de amparo ante el Tribunal Constitucional.¹⁸⁷

3. La combinación de fundamentos

Ante las dificultades de encontrar un fundamento único del principio de legalidad, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por invocar dos o más fundamentos, para así, desde distintas perspectivas, dar cuenta de todo su significado y poder abarcar sus distintos elementos.

3.1. Fundamento político y Fundamento jurídico penal (Prevención del delito)

El primero que atribuyó un doble fundamento al principio de legalidad fue BINDING, quien los denominó sencillamente como fundamento político y fundamento jurídico,¹⁸⁸ haciendo referencia a la separación de poderes e imperio de la ley (fundamento político) y a la prevención del delito (fundamento jurídico). Estos dos fundamentos, como es posible observar, coinciden con los dos significados del principio de legalidad vistos previamente, el político y el jurídico penal (o científico). Aunque con matices y denominaciones ligeramente diferentes, éste ha sido el criterio imperante en España e Italia.¹⁸⁹

De este modo, mientras el fundamento político permite fundamentar la reserva absoluta de ley y la prohibición de analogía, el fundamento jurídico penal permite fundamentar la prohibición de retroactividad y el mandato de determinación. Con ello, quedan justificados los cuatro elementos del principio de legalidad, *lex scripta, stricta, certa y praevia*.

¹⁸⁷ MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites Constitucionales ...”, ob. cit., pp. 507 – 508

¹⁸⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., p. 28

¹⁸⁹ MADRID CONESA, Fulgencio, ob. cit., pp. 43 y ss. Y pp. 47 y ss.

3.2. Fundamento político, jurídico penal y tutela o garantía

Una variante de la posición anterior consiste en añadir a los fundamentos político y jurídico penal, la garantía o tutela del ciudadano como tercer fundamento orientador, con lo cual, además de dar cuenta de los cuatro elementos tradicionales del principio de legalidad, se explica por qué las prohibiciones de analogía y de retroactividad de la ley penal rigen únicamente cuando éstas son desfavorables al acusado y no cuando ellas lo benefician.

Esta triple fundamentación es explícitamente defendida entre nosotros por ARROYO y seguida por DE VICENTE.¹⁹⁰

Ahora bien, en cuanto al fundamento jurídico penal, llamado por ARROYO político – criminal, basado en la prevención del delito, se defiende su pertinencia, “ya que no resulta posible derivar la prohibición de retroactividad de la ley penal del denominado fundamento democrático representativo.” En efecto, “la garantía de la representación popular no se vulnera con una ley retroactiva, por ello no existe una prohibición genérica de retroactividad de las leyes.”¹⁹¹ Lo mismo acontece con la exigencia de certeza o taxatividad, pues el legislador podría encontrar razonable en determinados casos establecer cláusulas generales o conductas típicas indeterminadas o determinables por otras instancias.¹⁹² Ello podría no ser razonable, pero no vulneraría el principio democrático representativo.¹⁹³

¹⁹⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., pp. 12 – 15 y pp. 18 – 20; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ob. cit., pp. 28 – 32

¹⁹¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, ob. cit., p. 15

¹⁹² *Ídem*

¹⁹³ *Ídem*

Así entonces, ambos fundamentos, el político democrático representativo, y el jurídico penal (político criminal), esto es, la prevención del delito, se complementan y permiten cubrir todos los elementos del principio de legalidad, orientados hacia la tutela del ciudadano.

3.3. Sujeción a la ley como garantía de objetividad

Esta posición, defendida por JAKOBS y otros autores alemanes,¹⁹⁴ si bien puede parecer a primera vista un fundamento único, como hemos visto, combina la garantía de objetividad con la sujeción o imperio de la ley, y presupone a su vez el principio de separación de poderes.

Este planteamiento permite fundamentar no sólo los cuatro elementos del principio de legalidad, sino que además “abarca a todos los presupuestos de punibilidad”, como son la prescripción, y cualquier otro presupuesto sustantivo y procesal que involucren garantías de carácter objetivo, quedando excluidas únicamente las normas orgánicas y procedimentales que no involucren estas garantías.¹⁹⁵

3.4. Previsibilidad, confianza y transparencia del poder punitivo

Esta posición de CUELLO,¹⁹⁶ se basa primeramente en la previsibilidad de la intervención estatal, la cual genera confianza en el ciudadano frente al Estado, lo que permite fundamentar la mayoría de los elementos del principio de legalidad. Esta previsibilidad se combina con la garantía de transparencia o imparcialidad, en la línea propuesta por JAKOBS bajo el rótulo de objetividad, todo lo cual permitiría, según

¹⁹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 82

¹⁹⁵ En palabras de JAKOBS, “El principio de legalidad acaba en las normas de organización judicial y procedimental, pero sigue comprendiendo desde luego las garantías de (p. 84) transcurso objetivo, que no pueden reducirse retroactivamente, sino a lo sumo sustituirse por equivalentes funcionales.” JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 83 – 84

¹⁹⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ob. cit., pp. 201 – 202

CUELLO, fundamentar el principio de legalidad en todos los aspectos relacionados con la justicia penal, incluida la prescripción.

A esta posición se le puede objetar que de ella no se desprende la exigencia de reserva absoluta de ley, en sentido formal, toda vez que este elemento no emana necesariamente ni de la previsibilidad, ni de la confianza, ni de la objetividad, por lo que más bien presupone a la ley como fuente exclusiva de delitos y penas.

3.5. Los cuatro fundamentos de ROXIN

Sin descartar prácticamente ninguno de los fundamentos del principio de legalidad, ROXIN efectúa un planteamiento que, por una parte, desglosa algunos fundamentos, y por la otra, los reagrupa en torno a cuatro categorías.¹⁹⁷

3.5.1. El Liberalismo político

El primer fundamento invocado por ROXIN es el “liberalismo político”, el cual, según este autor, mantiene su vigencia aún hoy, toda vez que muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a este punto de vista. Bajo esta nomenclatura, ROXIN comprende “la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto”,¹⁹⁸ o dicho en otras palabras, la sujeción o imperio de la ley, que corresponde a uno de los elementos del Estado liberal de Derecho, como hemos visto, y además, corresponde en parte a lo que otros autores denominan como fundamento político.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 144 – 147. Los dos primeros fundamentos son un desglose del fundamento político, que denomina liberalismo político, el primero, y democracia y división de poderes, el segundo. Los siguientes son estrictamente jurídico penales, recogiendo, además de la prevención general del delito, al, tantas veces denostado, principio de culpabilidad.

¹⁹⁸ *Ibidem* p. 144

Según ROXIN, las ideas de protección de la confianza, de previsibilidad, de objetividad o de protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial, “no son sino manifestaciones de una misma concepción”, consistente en asegurar la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad, “mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta”.¹⁹⁹

3.5.2. Democracia y separación de poderes

El segundo fundamento al que alude ROXIN es, en el fondo dual, pues concibe como un todo inseparable a la “democracia y división de poderes” o “la democracia basada en la división de poderes”. En cuanto a la democracia, explica el autor que la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano, “que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en *la* instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado”, que no es otro que “el parlamento como representación electa del pueblo”. Con respecto a la división de poderes, sostiene que con ella “se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición”, impidiendo así “cualquier abuso de poder”.²⁰⁰

Para ROXIN este fundamento dual, que coincide en buena medida con lo que otros autores denominan como fundamento político, “sigue teniendo hoy una importancia fundamental”, pero no puede ser considerado aisladamente, sino “siempre en conexión con la idea de la garantía de la libertad mediante la vinculación a la ley”. De este modo, los fundamentos de sujeción a la ley, democracia y división de poderes, pueden

¹⁹⁹ *Ibidem* pp. 144 – 145

²⁰⁰ *Ibidem* p. 145

fundamentar por sí solas tres prohibiciones, a saber, *lex scripta*, *stricta* y *certa*. No obstante, no son idóneas para explicar la prohibición de retroactividad.²⁰¹

3.5.3. Prevención general

Por lo que se acaba de decir, ROXIN acude a un tercer fundamento, que no es otro que la clásica prevención general, denominado por algunos como fundamento político criminal, y que aquí hemos denominado jurídico penal.

Sin desconocer la virtud que tuvo en su momento la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, ya superada, ROXIN postula como fundamento a la prevención general positiva, por cuanto, “si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible”.²⁰²

3.5.4. El principio de culpabilidad

Finalmente, el cuarto fundamento para ROXIN es el principio de culpabilidad, ya que el reproche penal sólo puede operar “si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida”, lo que “presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho”.²⁰³

Defendiendo este planteamiento, que goza de una larga tradición histórica, ROXIN concuerda con las críticas que al respecto se formulan, en orden a que el principio de culpabilidad no permite fundamentar la legalidad de la pena ni la reserva absoluta de

²⁰¹ *Idem*

²⁰² *Ibidem* p. 146

²⁰³ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 146, nota 28, cita a los autores que adhieren a esta posición: SAX, 1959, 998 SS; Maunz/Düring/Schmidt-Aßmann, GG, art. 103 II, nm. 165; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 98

ley, lo que califica de “indiscutible”; pero al mismo tiempo rescata que esta posición pone de relieve la necesidad de que el sujeto haya conocido o podido conocer el precepto penal, concluyendo que “la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad”. Ahora bien, por tratarse de un fundamento parcial, que no cubre todos los aspectos del principio de legalidad, estima que es también “incorrecto” considerarlo como un fundamento único, o como una mera “especificación del principio jurídico penal de culpabilidad”.²⁰⁴

4. Significados y fundamentos del Principio de legalidad. El límite al poder (penal)

Como hemos podido apreciar, no existe un fundamento único del principio de legalidad que permita dar cuenta de todo su significado y todos sus elementos. Ello probablemente se deba a que, precisamente, el principio tampoco posee un significado único. Habiendo un significado político y otro jurídico penal, la doctrina cuando menos ha recurrido a dos fundamentos, uno político y otro jurídico, cuando no a tres, añadiendo la tutela del ciudadano, o bien a cuatro, en el esquema de ROXIN, con dos fundamentos políticos (liberalismo político y democracia y separación de poderes) y dos fundamentos de carácter jurídico penal (prevención general y principio de culpabilidad).

Ahora bien, quizás lo central y que subyace al significado y la fundamentación del Principio de Legalidad, es que ha sido concebido como un límite al ejercicio del *ius puniendi*. En palabras de ROXIN, “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho penal, sino también *del* Derecho penal”. Así entonces, el principio de legalidad “sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”. Así entonces, “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino

²⁰⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., pp. 146 – 147

que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del <<Estado Leviathán>>”.²⁰⁵

La expresión *ius puniendi* pareciera estar en retirada, ya que sugiere que el Estado tendría una suerte de “derecho” a castigar a sus ciudadanos, de ahí que sea en realidad más correcto hablar de poder penal.²⁰⁶ Ahora bien, resulta “evidente que el ejercicio de semejante poder estatal precisa un fundamento constitucional. Éste se encuentra en el principio del Estado de derecho, para el cual son esenciales los elementos de la seguridad jurídica y de la justicia material”.²⁰⁷

De lo que se trata, entonces, es de limitar el poder político y el poder penal. La separación de los poderes de un Estado tiene ese objetivo. Que existan muchos representantes en el parlamento, todos electos, los obliga a deliberar, a llegar acuerdos o a aplicar la regla de la mayoría para adoptar decisiones, también para la decisión de establecer un tipo penal. Que luego el juez deba sujetarse estrictamente al texto de la ley, también limita su poder para juzgar, debiendo ajustarse igualmente a la ley para condenar. La prohibición de retroactividad, de analogía, apunta en la misma dirección. Limitar el poder penal del Estado, mediante el derecho positivo.

²⁰⁵ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 137. Énfasis original.

²⁰⁶ Una muy buena exposición sobre este tema se encuentra en el Prólogo de Luis PRIETO SANCHÍS al libro de LAMARCA PÉREZ, Carmen, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid, Colex, 2011, pp. 7 – 15.

²⁰⁷ MAURACH, Reinhart, ob. cit., pp. 154 – 155

CAPÍTULO IV

El Principio de legalidad en el Derecho positivo interno

Las constituciones son en general más bien escuetas y no consagran expresamente todos los elementos del principio de legalidad, los cuales, no obstante, son complementados por normas generales contenidas en los códigos penales, a la vez que la doctrina y la jurisprudencia, se encargan de derivar otras consecuencias jurídicas de los textos positivos.

La Constitución española en el artículo 25.1 sólo recoge de manera explícita la irretroactividad de las leyes penales, y ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha deducido de éste y otros artículos de la Constitución los demás elementos del principio.²⁰⁸

El Código penal consagra, además de la irretroactividad (Arts. 1 y 2), consagra *la lex scripta* (Art. 1) y la prohibición de analogía (Art. 4.1).

1. Las garantías

En orden a conceptualizar y sistematizar el principio de legalidad penal, la doctrina y la jurisprudencia suelen identificar cuatro garantías, en alusión a los distintos momentos²⁰⁹ o etapas en que opera la actividad represora del Estado, todos los cuales deben tener

²⁰⁸ Así por ejemplo, la irretroactividad de la pena, se deriva de las menciones genéricas al sometimiento de la ley de los artículos 9 y 117.1 de la Constitución. Ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Navarra, Aranzadi, 3ra edición, 2002, pp. 75 y 77, y MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 99

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 98

apoyo pleno, claro y completo en la ley.²¹⁰ De este modo, se distinguen la *garantía criminal*, que exige que el delito o crimen se establezca por la ley (*nullum crimen sine lege*); la *garantía penal*, que requiere que la ley señale la pena que corresponde al hecho delictivo (*nulla poena sine lege*); la *garantía jurisdiccional* o procesal, que exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial dictada de conformidad a un procedimiento legalmente establecido, y la *garantía de ejecución* que requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.²¹¹ La *garantía criminal* y la *garantía penal* se corresponden con la originaria formulación del principio de legalidad,²¹² en tanto que la *garantía jurisdiccional* y *de ejecución* son garantías adicionales,²¹³ que se han añadido posteriormente como un complemento indispensable, a fin de que el Estado actúe “con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites”.²¹⁴

En el presente trabajo nos centraremos únicamente en las garantías tradicionales, la *garantía criminal* y *penal*, o lo que es lo mismo, en el principio de legalidad de los delitos y las penas.²¹⁵ Respecto de estas garantías, según la sistematización del Tribunal

²¹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 73

²¹¹ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106. Según este mismo autor, “Estas distintas garantías también deben exigirse respecto de las *medidas de seguridad* y sus presupuestos”. Ídem (cursiva original). Véase también, con referencias al anclaje normativo en la Constitución y el Código penal español, a CERESO MIR, José, ob. cit., pp. 204 y ss., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., pp. 74 – 80

²¹² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 98

²¹³ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., p. 78

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 98. Sobre el Imperio de la Ley, y su significado en el Estado actual ver COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., pp. 69 – 70

²¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 100

Constitucional, se derivan tanto elementos materiales como formales, que sintetizamos a continuación.²¹⁶

2. Los elementos materiales

Los elementos materiales, son los requisitos que se imponen a la norma jurídico penal para cumplir con las garantías que pretende proteger.²¹⁷ Tienen por objetivo central proporcionar la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan,²¹⁸ para así evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido.²¹⁹ Estas exigencias o requisitos son conocidos como *lex scripta*, *lex praevia* y *lex stricta*,²²⁰ aun cuando algunos autores, para mayor claridad, dividen este último elemento en dos materias diferenciadas, abordando de manera separada, como un cuarto elemento, la *lex certa*.²²¹ En el derecho español además, a falta de un mejor anclaje en la Constitución de 1978, la doctrina y la jurisprudencia extraen otro elemento adicional, el principio *non bis in ídem*,²²² a pesar de que conceptualmente se trata de un principio distinto al principio de legalidad penal, que goza de una consagración normativa propia e independiente en varias otras

²¹⁶ Esta es – según afirma MUÑOZ CONDE – la sistematización que además ha adoptado el Tribunal Constitucional. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 99. Cita este autor las SSTC 21.1.88 y 19.7.89, entre otras.

²¹⁷ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 99

²¹⁹ *Ibidem.*, p. 98

²²⁰ Adhieren a esta clasificación tripartita de los elementos materiales del principio de legalidad, entre otros, CARBONEL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 111. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., p. 69. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 98, aun cuando dos estos últimos autores al tratar en detalle el principio de legalidad en el derecho español, separan claramente la prohibición de la analogía, dándole un tratamiento diferenciado. Según MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106 nota al pie nº 11, estos elementos están recogidos por el TC en las SSTC 133/1987, 75/2002

²²¹ Así lo hacen entre otros QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 75, entre otros, y MUÑOZ CONDE, con la salvedad hecha previamente en la nota anterior. En Alemania JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 79, HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 21 – 22

²²² ver MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 106 y ss.

constituciones y tratados internacionales, incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²²³

Apuntemos a continuación algunas breves notas sobre estos elementos materiales del principio de legalidad.

2.1. Reserva de ley o *lex scripta*

Como hemos visto previamente, con la *lex scripta* se quiere significar no sólo que la norma que crea delitos y penas deba estar escrita sino, sobre todo, que tal norma ha de tener rango de ley,²²⁴ esto es, ha de ser una ley en sentido formal.²²⁵ Sólo mediante esta fuente del Derecho,²²⁶ una ley emanada del parlamento,²²⁷ es posible ejercer el *ius puniendi* estatal,²²⁸ existiendo en este ámbito una reserva absoluta de ley,²²⁹ que en el caso de España es, además, una reserva de ley orgánica constitucional, según la opinión de la doctrina y jurisprudencia dominante.²³⁰ La *lex scripta* se traduce, *sensu contrario*,

²²³ El Convenio, en el art. 7, no incorpora el principio *non bis in idem*. Ver caso *X. contra Austria* N°7720/76, 3 Digest 32 (1978), citado por HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009, p. 332 nota 15. Por ello, fue necesario adoptar posteriormente un protocolo adicional para consagrarlo. Ver artículo 4 del Protocolo n°7.

²²⁴ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107

²²⁵ Escrita y debidamente promulgada. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 74.

²²⁶ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 186

²²⁷ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107

²²⁸ “[S]ólo la ley es competente para determinar *qué prohibir y cuándo castigar*”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, ob. cit., p. 101

²²⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 111

²³⁰ El art. 25.1 de la Constitución Española de 1978 utiliza la expresión “legislación vigente” para referirse a la fuente del Derecho habilitada para establecer delitos, pero también, para crear faltas o “infracciones administrativas”. De este modo, la equiparación entre delitos, faltas e infracciones administrativas, todos los cuales tienen un mismo ascendente normativo genérico, la “legislación”, sin que se especifique el rango de la fuente concreta en cada caso, hizo necesario que, desde las primeras interpretaciones constitucionales se completara este artículo con otros preceptos de la Constitución, puso de manifiesto la necesidad, como el art. 53.1. “sólo por ley” es posible regular el ejercicio de los derechos fundamentales, o el art. 81.1 sobre el desarrollo de los derechos fundamentales que deberá hacer por ley orgánica. Esto, planteó un intenso debate sobre si todas las leyes que establezcan delitos y penas han de ser orgánicas o no. Muy brevemente digamos que el debate giró en su momento en torno a si es lo mismo “desarrollar” un derecho fundamental que afectarlo o restringirlo mediante la sanción penal; sobre si

en la exclusión de la función incriminadora de todas las demás fuentes del derecho, como la costumbre,²³¹ los principios generales del derecho,²³² otras fuentes del derecho estatales (como las normas reglamentarias emanadas del ejecutivo),²³³ y la jurisprudencia.²³⁴ Ahora bien, ello no significa que estas otras fuentes carezcan de todo valor para el derecho penal, sino tan sólo que no pueden ser fuente directa de delitos y

todas las sanciones afectan o desarrollan un derecho fundamental como la libertad (art. 17 CE), ya que la multa estaría afectando el derecho de propiedad (art. 33 CE, que no es derecho fundamental), y, entre otros, si todo delito afectaba, directa o indirectamente, el derecho al honor (art. 18 CE), que sí es un derecho fundamental. El tema finalmente ha sido resuelto por el TC en el sentido que antes apuntábamos, de existir una reserva de ley orgánica en materia penal. No obstante subsiste cierta polémica en cuanto a la pena de multa, salvo cuando prevé el arresto sustitutorio con lo cual se estaría limitando la libertad y con ello la ley debiera ser orgánica. Ver en detalle QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., pp. 75 – 76, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 100 – 103, MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 108 y ss., CERESO MIR, José, ob. cit., pp. 187 – 193. Finalmente, apuntemos que nada dice tampoco el art. 25.1 de la CE en cuanto a las medidas de seguridad, no obstante lo cual, el Tribunal Constitucional ha hecho aplicables las garantías del principio de legalidad a las medidas de seguridad MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 100. Pese a lo anterior, hay quien considera que basar la exigencia de ley orgánica sólo en la clase de pena conminada no resulta del todo convincente. DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Pamplona, Thomson/Civitas, Aranzadi, 2008, p. 466.

²³¹ La razón por la cual el principio de legalidad supone la exclusión del derecho consuetudinario en el ámbito penal, es que “la limitación de derechos sólo puede ser acordada por los representantes democráticos de la voluntad popular.” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 81. La reserva de ley y la exclusión de las demás fuentes del derecho en la labor incriminadora, está relacionado con la garantía política o formal del principio de legalidad, como lo destaca MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107, aspecto que, por su importancia para este trabajo, trataremos por separado más adelante.

²³² MUÑOZ CONDE afirma que el “Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 100 – 101 y también p. 113

²³³ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107. Este tema nos remite a la problemática de la “ley penal en blanco”, que se presenta cuando una parte de la estructura normativa (generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal sino que ésta se remite a una norma distinta. El problema se presenta, cuando la remisión se efectúa a una norma de rango inferior, como por ejemplo un reglamento, de modo que se infringe la reserva de ley ya que parte de la definición de la conducta no ha sido dictada por el poder legislativo. Sobre este tema ver MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites Constitucionales ...”, ob. cit., pp. 514 y ss. que da cuenta de que el Tribunal Constitucional, ya desde los años 80’ ha seguido la tesis de la esencialidad, lo que se ha visto ratificado por la jurisprudencia posterior. EL Tribunal Constitucional ha admitido estas remisiones a condición de que “en la ley <<queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta>>” (STC 3/1988 de 21 de enero), o que “el núcleo esencial de la conducta punible” se encuentre descrito en la ley. Ver también STC 127/1990 de 5 de julio, y STC 53/1994 de 24 de febrero. Cita estos antecedentes, para revisar con mayor detalle, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 110 y ss. DIEZ-PICAZO agrega otras sentencias más, de las cuales resultan las condiciones que menciona: SSTC 12/1987, 3/1988, 122/1990, 24/2004, 54/2005, 51/2005 y 48/2006, cuyos requisitos son: “A) Que la remisión sea expresa. B) Que esté justificada por dificultades técnicas inherentes a la regulación del bien jurídico protegido (por ejemplo, delitos contra el medio ambiente, la sanidad pública, la tenencia de armas, etc.) C) Que el núcleo básico del comportamiento prohibido esté recogido ya en la ley penal. D), Que, en todo caso, la pena esté completamente prevista en la ley penal.” DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., pp. 466 – 467.

²³⁴ En este sentido negativo, la *lex scripta* implica que “la previsión de delitos y penas no puede hacerse mediante normas no escritas, de naturaleza consuetudinaria o jurisprudencial.” DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 465

penas, ya que sí tienen valor de fuente indirecta, “como medio de integración, interpretación y complementación de las fuentes de producción”.²³⁵

2.2. Irretroactividad de la ley penal o *lex praevia*

El requisito de la *lex praevia* exige que la promulgación y vigencia de la ley sea previa o anterior a los hechos que pretende sancionar,²³⁶ y se expresa en la prohibición de retroactividad de las leyes que establecen delitos o agravan su punición.²³⁷ La razón de esta exigencia es proteger la seguridad jurídica, ya que “es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena.”²³⁸ Es precisamente por ello que, “[n]o está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales favorables,²³⁹ que vienen a suprimir algún delito o a atenuar la pena”, ya que “no infringe el sentido *limitador* de la potestad punitiva que

²³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 113, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 76. Así por ejemplo la *costumbre* dota de contenido a conceptos indeterminados que hacen referencia a comportamientos sociales, como por ejemplo la “imprudencia” (art. 5 CP), “menoscabando su fama” (art. 208 CP), “exhibición obscena” (art. 185 CP). En cuanto a los *principios*, tienen importancia en la aplicación del derecho, como por ejemplo el principio *in dubio pro reo*, que tiene una vertiente claramente procesal, pero también puede operar en la decisión sobre la ley aplicable, eligiendo la interpretación más favorable al reo, según lo ha reconocido el Tribunal Supremo español. La *jurisprudencia* tiene una función de complemento y de apoyo a la interpretación, siendo un ejemplo claro de ello el delito continuado, de creación jurisprudencial, que luego fue recogido por la legislación. Junto con ello determinados conceptos son concretados por las decisiones judiciales que, cuando existe jurisprudencia constante y uniforme, “puede preverse casi con absoluta seguridad cómo y a qué supuestos va a ser aplicada la ley penal”. De este modo, aunque la jurisprudencia en el sistema continental no vincula formalmente, existe “una clara tendencia a seguir los criterios interpretativos de los órganos superiores. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 114 – 115. Este tema nos lleva a otra problemática, que es la irretroactividad de las interpretaciones judiciales, tema ha sido abordado por el TEDH. El Tribunal Supremo ha reconocido la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales favorables al reo. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 115 – 116 Distinto es el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que de conformidad al art. 5.1 de la LOPJ, tiene carácter vinculante para todos los tribunales. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 116

²³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 105

²³⁷ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107. La irretroactividad es el “único aspecto que queda claramente recogido en el artículo 25.1 CE.” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., pp. 75 y 77

²³⁸ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107

²³⁹ Ya VON LISZT era partidario de la obligatoriedad de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, lo que incluso alcanzaba a la prescripción. Ver VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, Reus, 1926 – 1929, Tomo II, pp. 94 - 96

corresponde al principio de legalidad”²⁴⁰ siendo por ello recogida en varios códigos penales,²⁴¹ e indirectamente en la Constitución.²⁴² En términos generales la irretroactividad de la ley penal no es compleja en su formulación conceptual, pero sí presenta una serie de dificultades en su aplicación práctica, problemas que son abordados en general por la doctrina bajo el epígrafe del ámbito temporal de la ley penal o ley penal en el tiempo.²⁴³ Un aspecto largamente debatido ha sido si la prohibición de retroactividad rige también con respecto a las interpretaciones jurisprudenciales,²⁴⁴ tema zanjado recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la llamada “doctrina Parot”.²⁴⁵

²⁴⁰ En efecto, si el sujeto actuó bajo el imperio de una ley que sancionaba la conducta, contaba con una determinada pena que, sin embargo, posteriormente una nueva ley la deja sin castigo o disminuye su penalidad. Además la pena, establecidos por una ley que ya ha sido derogada “ha dejado de considerarse *necesaria* para la protección de la sociedad.” MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107 (cursiva original) En la Constitución española, del artículo 9.3 se deriva que la irretroactividad de la ley penal sólo afecta a las disposiciones desfavorables al imputado, admitiéndose para aquellas que le benefician. Sin embargo, ello no es consecuencia *stricto sensu* del principio de legalidad, sino de otros principios informadores del Derecho Penal. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 78. Como es el principio de necesidad de la pena, a que hacía referencia MIR PUIG.

²⁴¹ Así por ejemplo el Código Penal alemán, § 2 (3); el Código Penal austriaco, § 61; el Código Penal francés, art. 112-1; el Código Penal Italiano, art. 2; El Código Penal portugués, art. 2.4; el Código Penal Suizo, art. 2 (2), y el Código Penal español, art. 2.2. Cita estos antecedentes, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, ob. cit., p. 72

²⁴² El Tribunal Constitucional español ha dicho que el art. 25 de la Constitución no contiene un derecho fundamental a la retroactividad de la ley penal favorable (SSTC 99/2000 y 75/2002), si bien le otorga cierto reconocimiento indirecto en el art. 9.3. La diferencia práctica es que, al hallar su fundamento constitucional en el art. 9.3, en lugar del art. 25, la retroactividad de la ley penal más favorable no es susceptible de ser invocada en recurso de amparo. DIEZ PICAZO, P. 469 – 470. Además, también se ha destaca que el art. 9.3, “permite, pero no impone” la retroactividad favorable. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre la justicia...” ob. cit., p. 72.

²⁴³ Sobre la ley penal en el tiempo, ver CEREZO MIR, José (2004), ob. cit., p. 215 y ss.

²⁴⁴ En general, en el derecho penal alemán no se acepta la irretroactividad de las interpretaciones judiciales. En España, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la rechazan, pero existen importantes opiniones discrepantes así como algunas sentencias que han resuelto este asunto en sentido contrario. Ver en detalle, DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., pp. 72 – 75.

²⁴⁵ *Caso Del Río Prada contra España*, Nº 42750/09, sentencia de 10 de julio de 2012, ver especialmente los párrafos 103 y 117 especialmente elocuentes sobre la irretroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales cuando ellas modifican el alcance de la pena impuesta.

2.3. Prohibición de la analogía o *lex stricta*

El requisito de la *lex stricta* para muchos autores posee una doble vertiente, la precisión de la ley penal y la exclusión de la analogía. Sin embargo otro sector de la doctrina prefiere tratar por separado ambos aspectos, que es el camino que seguiremos como ya anticipáramos, para ofrecer una mayor claridad conceptual. La cuestión de la precisión de la ley la abordaremos bajo el epígrafe de *lex certa*, y nos ocuparemos aquí únicamente la prohibición de la analogía.

Como es sabido, la analogía consiste “en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe”.²⁴⁶ La exigencia de la *lex stricta* se traduce en la prohibición de la analogía en materia penal cuando ella perjudica al imputado, la llamada analogía *in malam partem*,²⁴⁷ ya que de otro modo el juez se transformaría en el creador de los delitos, en legislador, “y el ciudadano quedaría totalmente inerme frente al poder judicial”.²⁴⁸

Una de las complejidades de esta prohibición se debe a los puntos de confluencia que existen entre la analogía y la interpretación,²⁴⁹ llegándose en ocasiones a confundirlas y a hablarse de “interpretación analógica”.²⁵⁰ Sin embargo la analogía “no es propiamente una forma de interpretación de la ley sino de aplicación de la misma.”²⁵¹ En términos metodológicos, primero habrá de interpretarse la ley, determinando los supuestos de hecho que ella contiene y, una vez interpretada, la analogía consistirá en

²⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 120.

²⁴⁷ MIR PUIG, Santiago (2008), ob. cit., p. 107

²⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 82

²⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 106

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 120

²⁵¹ *Ídem*

que “se extienden sus consecuencias (se aplican), a otros supuestos no contenidos pero similares o análogos”.²⁵²

Esta distinción conceptual entre interpretación (primero) y aplicación (después), empero, dista mucho de ser una operación sencilla en la práctica, ya que al determinar el sentido y alcance de la norma penal se está determinando su ámbito de aplicación, condicionando la posibilidad de una aplicación analógica posterior. En suma y dicho más simplemente, si bien es posible conceptualmente diferenciar entre interpretación y aplicación de la ley penal, ambas se encuentran interconectadas en la práctica, ya que el ámbito de aplicación de la ley penal ha sido previamente determinado por su interpretación anterior.²⁵³ De ahí entonces que, junto con la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal, la doctrina preste suma importancia en la interpretación de la ley penal y en especial de la denominada interpretación extensiva.²⁵⁴

Con respecto a la interpretación en materia penal, en general, se postula que ella debe mantenerse siempre “dentro de los límites del sentido literal posible del precepto”,²⁵⁵ de modo tal que, aun cuando el texto admita distintas interpretaciones de acuerdo con los distintos criterios y reglas hermenéuticas, la interpretación que finalmente se elija como más adecuada debe encontrarse dentro del abanico de significados posibles o admisibles de acuerdo con su tenor literal. Ahora bien, en cuanto a la interpretación extensiva, si

²⁵² Ídem

²⁵³ Probablemente sea por esta razón que, para un sector de la moderna doctrina alemana “no existe diferencia esencial entre interpretación y analogía”. Ver CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 208 en nota 104, Con extensas referencias a la doctrina Alemana y española.

²⁵⁴ Para CEREZO, la interpretación extensiva, puede ser entendida como aquella que no se deriva claramente del tenor literal, pero sí del espíritu o voluntad de la norma jurídica. CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 208 y ss.

²⁵⁵ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 210

bien en el plano teórico es factible diferenciarla de la analogía,²⁵⁶ en la práctica ello resulta difícil, no sólo porque la interpretación de la norma condiciona su posterior aplicación, como acabamos de ver, sino también porque, en este caso, ambas tienen una orientación o “sentido expansivo”.²⁵⁷ Con todo, la distinción entre ambas es importante, ya que mientras la analogía está claramente prohibida por el principio de legalidad penal, en torno a la interpretación extensiva existen opiniones discrepantes.²⁵⁸ Para un sector de la doctrina, y también para el Tribunal Supremo español, el principio de legalidad prohíbe la interpretación extensiva cuando ella es perjudicial al imputado.²⁵⁹ Para otros autores, en cambio, y siempre que se mantenga dentro de los límites del sentido literal posible del precepto, “[l]a interpretación extensiva es lícita, pues no se opone al principio de legalidad”,²⁶⁰ sino al principio *in dubio pro reo*, el cual no es aplicable en materia interpretativa, sino que únicamente en el ámbito probatorio del proceso penal.²⁶¹ Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente constitucional, “no es fácil justificar por qué el principio de legalidad comporta, más allá de la previsibilidad, un específico deber de benignidad o clemencia hacia el reo”.²⁶² El Tribunal Constitucional español no ha mantenido una postura clara al respecto.²⁶³

²⁵⁶ Explicado simplemente, se afirma que “mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar, de los varios significados posibles de la norma, el más amplio”. DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 427

²⁵⁷ DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 472

²⁵⁸ Ídem, quien tras afirmar que el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25 de la Constitución Española prohíbe la analogía, advierte que: “No está claro, sin embargo, si la interpretación extensiva queda constitucionalmente prohibida”.

²⁵⁹ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 210. En la nota al pie nº 108 de la misma página, señala quienes están a favor y quienes en contra y también los fallos del TS que rechazan la interpretación extensiva perjudicial al imputado.

²⁶⁰ Ibídem, p. 209. En nota al pie nº 105 de la misma página, el autor cita varios juristas que así lo afirman.

²⁶¹ Ibídem, p. 210, Nota 108.

²⁶² DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 472

²⁶³ Ídem. El autor además destaca que si bien en la STC 111/1993 el TC afirmó que los supuestos dudosos no deben ser resueltos mediante la interpretación más expansiva de las posibles, en otras sentencias

Otro aspecto debatido es si la analogía a favor del imputado o *in bonam partem* es igualmente inadmisibile y contraria al principio de legalidad que la analogía *in malam partem*. Para algunos autores, sólo la analogía *in malam partem* es contraria al principio de legalidad,²⁶⁴ otros y al parecer también para el Tribunal Supremo, también rechazan la analogía *in bonam partem*.²⁶⁵

Finalmente y en todo caso, debe distinguirse la analogía de las llamadas “cláusulas legales de analogía”. En ellas los tribunales “no realiza una aplicación analógica de la ley sino que aplican la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación”.²⁶⁶

2.4. Mandato de taxatividad o *lex certa*

Mientras la *lex stricta* o prohibición de la analogía se orienta al juez, en tanto en cuanto está relacionada con la interpretación y aplicación de la ley penal (incriminadora), la *lex certa*, en cambio, es una exigencia dirigida al legislador. Aquí la exigencia al legislador es en cuanto a *cómo* debe ser hecha la ley penal.²⁶⁷ El requisito de la *lex certa*, también denominado *principio de taxatividad* o mandato de certeza,²⁶⁸ exige al legislador que el establecimiento de las conductas punibles se haga de forma clara y concreta, “sin acudir

posteriores, como la STC 185/2000 o la 125/2001, el TC parece inclinarse por el criterio de la previsibilidad y no extravagancia de la interpretación.

²⁶⁴ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 210. Ver notas 109 y 110, en las que nos dice CEREZO quienes están a favor y en contra. En nota 111 señala que RODRÍGUEZ MOURULLO es de la opinión contraria.

²⁶⁵ SEGÚN MUÑOZ CONDE, un sector de la doctrina, basándose en el 4.3 del CP estima que la analogía *in bonam partem* está igualmente prohibida, ya que los tribunales se encuentran sometidos a la ley. Así lo ha sostenido reiteradamente el Tribunal Supremo. En todo caso, no violaría el principio de legalidad del art. 25.1, ya que allí lo prohibido es la condena por acciones u omisiones no descritos en la ley. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 121 – 122

²⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 120. Muñoz conde cita un ejemplo, en el art. 21 CP atenuante 6ª “... cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

²⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, ob. cit., p. 103

²⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 103

a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible”,²⁶⁹ ni al empleo de cláusulas generales absolutamente indeterminadas,²⁷⁰ ya que si así lo hiciere, privaría del contenido material el principio de legalidad, disminuyendo, cuando no eliminando, seguridad jurídica.²⁷¹

Así entonces, en la descripción de los tipos penales el legislador ha de ser lo suficientemente concreto, no sólo para que “queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica”,²⁷² sino además, para garantizar una aplicación igualitaria de la ley penal.²⁷³ Este mandato de certeza “se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a cierto legalismo que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*”.²⁷⁴

La doctrina es consciente, sin embargo, de que precisión y certeza en la descripción de la conducta punible, no son susceptibles de plena realización.²⁷⁵ No es posible en la práctica legislativa recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la

²⁶⁹ Ídem.

²⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107 cita nota 12: STS 21 oct. 1997 y SSTC 116/1993, 142/1999, 127/2001.

²⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 103, MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107

²⁷² CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 207. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 81 opina que: “Las dificultades, que ya de por sí entraña un mínimo conocimiento del Derecho – casi imposible para este sector social marginado del que frecuentemente procede el delincuente – se multiplican hasta el infinito si, además, se abandona la certeza y la exactitud.”

²⁷³ Según afirma DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 471, si la ley penal es “suficientemente clara, precisa y determinada dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez: y ello no sólo satisfará el requisito democrático de que la voz principal en la definición de los delitos y las penas corresponda al legislador – y no al juez – sino que, además, redundará a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal, cuyo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial”. En este mismo sentido PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, ob. cit., p.105

²⁷⁴ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107

²⁷⁵ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 206. Al respecto DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 471, sostiene que “La taxatividad absoluta resulta, sin duda, inalcanzable”, ya que “Una ley penal tan precisa que convierta en puramente mecánicas las operaciones judiciales de aplicación de la misma no deja, en efecto, de ser una quimera.”

realidad,²⁷⁶ teniendo en cuenta, además, que se está legislando para sucesos que eventualmente acaecerán en el futuro. Cuando ello se ha intentado, se ha caído en la utilización de enumeraciones casuísticas, que tampoco logran agotar todas las posibilidades fácticas,²⁷⁷ haciendo los textos penales sumamente farragosos,²⁷⁸ obligando a los jueces a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad.²⁷⁹ Es por ello que, inevitablemente, al describir la conducta punible el legislador debe utilizar términos más o menos amplios, como los elementos valorativos y normativos, que deben posteriormente ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas.²⁸⁰

¿Cómo hacer entonces para no ser vago e impreciso y a la vez no incurrir en un excesivo casuismo que termine siendo contraproducente, tanto porque los textos se vuelven incomprensibles para el ciudadano, como por la posibilidad de dejar fuera comportamientos que se desea sancionar penalmente? Nos adentramos aquí en la problemática de la técnica legislativa en materia penal. La respuesta parece ser entonces que el legislador necesita encontrar un punto de equilibrio. Sin embargo, este “punto justo es, en ocasiones, tan difícil de establecer que quizá por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta al referirse al principio de taxatividad.”²⁸¹

²⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes ob. cit., p. 103

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 104

²⁷⁸ CEREZO MIR, José (2004), ob. cit., pp. 206 - 207

²⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010), ob. cit., p. 104

²⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 103 – 104. CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 206 - 207

²⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 104 Así por ejemplo, sigue MUÑOZ CONDE, comentando la STC 62/1982 de 15 de octubre, afirma que el TC reconoce que los conceptos valorativos no violan necesariamente el principio de legalidad, “si su significado puede ser concretado por la interpretación en cada momento histórico”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 104. La taxatividad o determinación tampoco se encuentra expresamente recogida en la Constitución española de 1978, sin embargo, “no es arriesgado derivar dicho principio del propio art. 25.1 CE, como lo hace la doctrina mayoritaria, toda vez que éste señala de que las acciones u omisiones sean constitutivas de delito para que puedan ser condenadas penalmente; de ahí es deducible la

Atendida esta dificultad, en la actualidad se plantean distintos grados de taxatividad,²⁸² de modo que, “por un lado, el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional” a condición de que su significado genérico se desprenda de la propia ley o sea deducible de su finalidad, y no dependa exclusivamente de la valoración personal del juez, ya que estos conceptos, pese a ser amplios, “tienen límites cognoscibles”.²⁸³

En definitiva, se trata de que la ley en sí misma posea la claridad y precisión suficiente, para que el ciudadano pueda “saber a qué atenerse”.²⁸⁴

3. El elemento formal o democrático²⁸⁵

Mientras los elementos materiales son una garantía individual a favor del ciudadano frente al sistema penal,²⁸⁶ el elemento formal exige que la norma jurídica que establece

necesidad de concreción del tipo para poder ser subsumidas en él las conductas, y así mismo garantizar la seguridad jurídica.” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 77

²⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010), ob. cit., p. 104

²⁸³ Ibidem, pp. 104 – 105. La infracción de la *lex certa* es tratado como el problema de los *tipos abiertos*, “en los que las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas”. Ibidem, p. 105 Ver allí mismo ejemplos en el CP español. Arts. 543, 589, 576. En los “tipos abiertos”, se afirma también, “la norma está redactada en términos vagos que depende de las inclinaciones subjetivas del intérprete decidir si una conducta es subsumible en el supuesto de hecho o no”. DIEZ-PICAZO, Luis María, ob.cit., p. 471

²⁸⁴ Esta es la expresión empleada por DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 471, para graficar cuál es en esencia la exigencia de taxatividad de la ley penal, ya que si bien la claridad, precisión y determinación absoluta es inalcanzable, existe un mínimo que “resulta constitucionalmente indisponible”

²⁸⁵ Varios son los autores que al tratar de la *ley scripta* o reserva de ley, destacan conjuntamente la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y además el elemento democrático. Sin embargo, siguiendo a otros autores, hemos querido tratar esta finalidad del principio de legalidad por separado, no sólo por razones de claridad conceptual, sino además porque es precisamente se critica al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, carencias en cuanto a este elemento democrático o formal.

²⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 80. Según DIEZ-PICAZO, el principio de legalidad en la Constitución española “está configurado como un genuino derecho fundamental, de manera que no sólo opera como una norma de derecho objetivo – y, en cuanto tal como límite frente al legislador – sino también como un derecho subjetivo accionable por los particulares”. DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 463. Que el principio de legalidad esté recogido en el 25.1, esto es, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, lo que es un derecho fundamental y en cuanto tal posee una protección extraordinaria o reforzada en cuanto procede recurso de amparo (art. 53.2), y en cuanto a la modificación constitucional (art. 168).

los delitos y las sanciones posea, además, legitimidad democrática.²⁸⁷ El principio de legalidad no es únicamente “una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.”²⁸⁸ Así entonces, “en el esquema propio de la división de poderes, sólo el legislativo, como representante de la voluntad popular, se encuentra legitimado para decidir qué conductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento más grave de que dispone, esto es, la sanción penal”.²⁸⁹

Mirado el principio de legalidad desde la perspectiva del poder penal que detenta el Estado, se puede afirmar que, si los elementos materiales del principio de legalidad representan un límite que se impone al Estado a la hora de ejercer el *ius puniendi*,²⁹⁰ la vertiente formal o política del principio aparece como elemento informador o legitimador, como único fundamento posible del ejercicio de ese *ius puniendi*.²⁹¹ En efecto, muchas dictaduras que han practicado un verdadero terror penal han sometido su ordenamiento jurídico al principio de legalidad, cumpliendo varias o todas sus

²⁸⁷ Según DIEZ-PICAZO, el principio de legalidad penal protege simultáneamente dos valores, la seguridad jurídica y la libertad individual. Mientras este primer objetivo es en general bien conocido y tratado por la literatura, DIEZ-PICAZO nos dice que “Menos intuitivo es que el principio de legalidad está, además, al servicio de la libertad”, pues aquí ya no se trata de que “los particulares sepan a qué atenerse, sino de que el *ius puniendi* no sea ejercido indiscriminadamente”, lo cual se logra, primero, mediante la separación de poderes, particularmente separando al poder judicial del legislativo y del ejecutivo, de manera que “la norma penal sea producida por alguien distinto de quien está llamado a aplicarla”, y segundo, que el legislador sea democrático, lo cual proviene de la creencia del constitucionalismo de que, “precisamente por emanar de la representación popular, la ley democráticamente elaborada no será excesiva” al establecer los delitos y la penalidad, aun cuando muchas veces en la práctica “esta identificación del legislador democrático con el legislador morigerado es puesta en entredicho por la tendencia a la inflación de las normas penales que recientemente cabe observar en casi todos los países occidentales”. DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., pp. 463 – 464.

²⁸⁸ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106.

²⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., P. 101

²⁹⁰ Esto es, ejercer el *ius puniendi* a través de una determinada norma jurídica (*lex scripta*), la cual debe cumplir con determinadas exigencias para ser válida (*lex praevia, stricta y certa*).

²⁹¹ QUINTERO afirma que: “el principio de legalidad aparece como un principio informador del <<ius puniendi>>” QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 74. “Pero el principio de legalidad no sólo es fundamento de la intervención punitiva del Estado, en cuanto la ley es una expresión de la voluntad general, sino que además es un límite al *ius puniendi*.”

exigencias materiales, radicando la diferencia fundamental en el incumplimiento de la exigencia formal, también llamada política o democrática.²⁹²

Por ello y con razón se ha afirmado que “la plena virtualidad del principio de legalidad se despliega sólo en el seno del Estado *democrático* de Derecho.”²⁹³

¿Qué acontecerá en un sistema normativo que no posee el respaldo de un Estado, como es el caso del derecho penal internacional? Es lo que veremos a continuación.

²⁹² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 72

²⁹³ *Ibidem*, p. 73 (cursiva original).

SEGUNDA PARTE

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

EN EL DERECHO COMPARADO,

EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Y EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Planteamiento

Como veremos, se ha discutido largamente por la doctrina si el principio de legalidad debía recibir o no aplicación en el derecho penal internacional, y en caso afirmativo, cuál debía ser su sentido y alcance. Originalmente, las opiniones doctrinarias estuvieron muy influenciadas por la controversia generada por la escasa o nula aplicación del principio de legalidad en el juicio de Núremberg, dividiéndose entre quienes, o bien negaban la aplicación del principio en lo internacional, o bien requerían su estricta aplicación con la misma precisión que en el derecho penal interno de los países de derecho codificado.

Superadas las pasiones, al poco andar hubo de reconocerse que el principio de legalidad también debía recibir aplicación en el ámbito internacional, principalmente debido a su reconocimiento como derecho humano en el ámbito internacional, sobre todo en lo que dice relación con la irretroactividad penal.

Sin embargo, la Declaración Universal y las convenciones de derechos humanos resuelven sólo una parte del problema. Tanto la Declaración Universal como el Pacto Internacional y la Convención Europea, se limitan a señalar que la conducta ha debido ser delictiva con anterioridad a la comisión del hecho según el “derecho nacional o el derecho internacional”, pero nada se dice sobre el contenido del principio o la forma en la cual el derecho internacional puede caracterizar como delictiva una conducta. Por su parte la Convención Americana habla de “derecho aplicable” y la Carta Africana de “ofensa legalmente punible”.

Establecida la aplicabilidad del principio de legalidad, debemos ocuparnos entonces de determinar de qué forma el derecho penal internacional puede establecer delitos y

penas, o dicho de otro modo, qué debemos entender por principio de legalidad en el ámbito internacional.

Antes de abocarnos a esta tarea, en mi opinión, algunos factores deben tenerse en consideración, que dicen relación con las particularidades del derecho penal internacional.

Primero, la mayor certeza que es posible tener en cuanto al principio de legalidad es que en la comunidad internacional no existen leyes en el mismo sentido que en el derecho interno, ya que no se cuenta con un parlamento internacional o un Estado supranacional. De este modo, cualquier aproximación que se adopte, deberá ser necesariamente una adaptación del principio de legalidad interno al ámbito internacional.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la naturaleza particular del derecho penal internacional, que puede ser descrita como un híbrido jurídico entre el derecho penal y el derecho internacional, o bien, como un derecho penal que navega por aguas internacionales, o si se prefiere, como un derecho penal que brota de la comunidad internacional. Ya sabemos que en el ámbito internacional no existen leyes, pero sabemos también que las fuentes del derecho internacional son diferentes y están constituidas por los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales. Sin embargo, y como bien ha dicho algún autor, el derecho penal internacional es, primero y principalmente, derecho penal, por lo que debe estar gobernado por todos los principios generales del derecho penal, entre otros, por el principio de legalidad.¹

¹ HAVEMAN, Roelof. "The principle of legality". HAVEMAN, Roelof; KAVRAN, Olga; NICHOLS, Julian (Eds.) *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*. Antwerp – Oxford – New York, Grotius Centre for international Legal Studies, Leiden University/Campus The Hague, Intersentia, 2003, p. 39.

Finalmente, debe tenerse presente que en la comunidad internacional existen diversas tradiciones jurídicas, algunas de las cuales se basan en un derecho escrito y codificado siendo la ley la única fuente de delitos y penas, pero otras, como la anglosajona, se basan también en precedentes y se reconoce a los jueces mayor protagonismo para “descubrir” el derecho del caso. Entonces, el derecho penal internacional debiera poder combinar estas distintas tradiciones jurídicas sin poder adscribirse por completo a ninguna de ellas, ya que con ello perdería el carácter universal que le es propio.

Veamos pues estos factores con algún detenimiento, empezando por una breve aproximación a la distinta comprensión del principio de legalidad penal en los diferentes sistemas jurídicos.

CAPÍTULO V

Una aproximación al principio de legalidad en el derecho comparado

1. Sistema codificado continental ²

Si bien aisladamente algunos elementos del principio de legalidad han estado arraigado en la tradición romana occidental desde muy antiguo, “emergió con mayor fuerza con posterioridad al 1.700, debido esencialmente a los conflictos políticos en Europa, como una manera de limitar el poder absoluto de los regímenes monárquicos y contener el abuso de poder”.³

El principio de legalidad es fruto de los desarrollos teóricos de la Ilustración, encontrando en este movimiento su fundamento político que se materializaría más tarde en la Revolución Francesa,⁴ que vino a substituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, expresada en la ley,⁵ que presupone además la división de poderes, en la que la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo, por medio del poder legislativo.⁶

² Con el fin de no repetir asuntos ya tratados, aquí haremos sólo un breve resumen de lo ya tratado en la primera parte de este trabajo. Un estudio comparado bastante completo está disponible en GALLANT, Kenneth, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 231 y ss.

³ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, With the collaboration of Petter Manikas. New York, Transnational Publishers, 1996, p. 272.

⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit. p. 68.

⁵ CARBONEL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 108.

⁶ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 105.

Los trabajos de los teóricos del contrato social como Voltaire, Montesquieu, Rousseau y Beccaria, inspiraron la declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, la que llegó rápidamente a ser el modelo de la carta de libertad de Europa y Estados Unidos, cuyas principales disposiciones, entre ellas las que consagran el principio de legalidad, han sido recogidas por las distintas constituciones nacionales y los códigos penales.⁷

Desde entonces, la formulación teórica del principio de legalidad se mantuvo casi sin alteraciones hasta 1935, año a partir del cual se vivió un período de retroceso en la Alemania Nazi, derogándose leyes que habían sido cuidadosamente establecidas en la constitución de Weimar de 1919, extraviándose el derecho penal alemán de su contexto histórico y alejándose de los demás sistemas de justicia penal europea.⁸ Terminada la Segunda Guerra Mundial, el principio fue restablecido por medio de la Ley N° 11 del Consejo de Control Aliado de 1946, eliminando la admisibilidad de la analogía.⁹

Pero el principio de legalidad es mucho más, ya que es ante todo un límite al *ius puniendi*.¹⁰ Por ello, junto con cumplir la función de garantía formal o democrática, se reconoce al principio de legalidad también una garantía material, que son los requisitos que la ley debe cumplir para ser considerada ley penal: *lex scripta*, esto es, que el delito debe estar descrito en la ley; *lex stricta* o prohibición de analogía e interpretaciones extensivas; *lex praevia* o prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal,¹¹ agregándose también el de *lex certa* o ley precisa, lo que equivale a un principio de

⁷ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of ...*, ob. cit. pp. 273 – 274.

⁸ *Ibidem*, p. 274.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 107.

¹⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legalidad Penal y Reserva de Ley en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo – agosto de 1987, pp. 100 – 101.

¹¹ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. pp. 106 – 107.

taxatividad o determinación en la descripción de los elementos de la norma capaz de impedir o cercenar el arbitrio judicial.¹²

2. *Common law*

El principio de legalidad es conocido tanto en la tradición del así llamado *civil law* (o derecho continental codificado) como del *common law*. En lo que difieren es en la interpretación de varios de los aspectos del principio.¹³

La división entre países del *common law* y del *civil law* no es tan clara tratándose del principio de legalidad como de otros aspectos. Así por ejemplo, Estados Unidos ha adoptado una noción bastante cercana al principio de legalidad del *civil law*, al afirmar la Constitución norteamericana que una consecuencia del debido proceso es que los delitos estén escritos, disponibles y suficientemente definidos, estando prohibida la retroactividad de la ley.¹⁴ Veamos entonces por separado el *common law* británico y el norteamericano.

2.1. El *common law* británico

El *common law* británico “no está basado en una Constitución escrita, no ha desarrollado su derecho penal en base a códigos, por lo que no reconoce formalmente el principio de legalidad. Sin embargo, existe evidencia de que los jueces interpretan el *common law* penal incorporando el principio en sus decisiones judiciales y lo reconocen incluso en la ausencia de requerimientos legales específicos para hacerlo”.¹⁵ Esto

¹² LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legalidad Penal y Reserva de Ley ...”, ob. cit. p.102.

¹³ HAVEMAN, Roelof, ob. cit., p. 40.

¹⁴ Ibídem, p. 40, y en nota 4 de la p.40.

¹⁵ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of ...*, ob. cit. pp. 277 – 278.

probablemente se debe a que ha sido extraído de la Carta Magna inglesa de 1215, especialmente de su artículo 39.¹⁶

Sin embargo, la forma como los jueces del *common law* inglés han interpretado el principio de legalidad es diferente a la tradición romana. Lo que en la tradición del *civil law* es llamado, “el principio de legalidad”, en los países del *common law* es conocido como “the rule of law” – pero en su sentido estricto – significando que una sociedad está gobernada “por reglas que son fijas, conocidas y ciertas”.¹⁷ No obstante, es posible aplicar la analogía, si la persona podía prever que una conducta dada cabía dentro de las previsiones del Derecho. Pero la analogía no sólo es permisible, sino que ella es la base misma del desarrollo y evolución del *common law*.¹⁸

2.2. El *common law* de Estados Unidos

Estados Unidos ha seguido el sistema de *common law* inglés, pero ha sido más rígido en el reconocimiento del principio de legalidad. La Constitución norteamericana prohíbe específicamente las leyes *ex post facto* y las leyes *ad hoc*. Si bien el uso de la analogía judicial es permitido, las normas que consagran el principio del debido proceso (la quinta y la décimo cuarta enmienda), restringen su aplicación prohibiendo la ambigüedad y la vaguedad. Asimismo se limitan desde el período colonial las leyes criminales sustantivas retroactivas, pero las reglas de procedimiento y prueba retroactivas son permitidas.¹⁹

¹⁶ ídem. En el mismo sentido CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, second edition, New York, Oxford University Press, 2008, p.37.

¹⁷ HAVEMAN, Roelof, ob. cit., p. 39.

¹⁸ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of ...*, ob. cit. pp. 277 – 278.

¹⁹ Ídem.

3. Países Islámicos

El sistema de justicia criminal islámico reconoce el principio de legalidad pero lo aplica de una manera diferente. El derecho islámico distingue entre tres categorías de crímenes: 1) Los crímenes *Hudud*, los cuales están codificados en el Corán y requieren una aplicación rígida del principio de legalidad; 2) los crímenes *Qesas*, que también están contenidos en el Corán pero permiten alguna analogía para diferentes tipos de lesiones físicas y su compensación, y 3) los crímenes *Ta'àzir*, que no están contemplados en el Corán, siendo establecidos tanto por la ley positiva como por el juez mediante la analogía o de conformidad a los principios generales que se encuentran en el *Shari'à*. La aplicación del principio de legalidad en los crímenes *Hudud* es paralela a la seguida por los sistemas positivistas, mientras que en los crímenes *Qesas* y *Ta'àzir*, es similar a la aproximación seguida por el *common law*, aun cuando respecto de estos últimos es incluso más flexible.²⁰

4. Otros Sistemas Jurídicos

En el antiguo sistema socialista marxista de la Unión Soviética y de Europa del Este se negó el principio de legalidad, posibilitando disposiciones amplias y más amplias interpretaciones judiciales, incluyendo el recurso de la analogía para cumplir con la “justicia socialista”, permitiéndose el castigo de conductas socialmente peligrosas aunque no estuvieran previstas en la ley, aplicándoles una penalidad apropiada, tampoco prevista por la ley. En 1976, con la reforma de la Constitución de la Unión Soviética, se revivió la aplicación del principio de legalidad, pero desde 1989 en adelante, se inicia un proceso de reforma más profundo de las leyes criminales y de procedimiento,

²⁰ Ibídem, p. 279.

regresando al principio de legalidad tal y como es aplicado en el sistema europeo contemporáneo.²¹

América Latina, en general ha seguido el mismo sistema de legalidad aplicado por España. En los ordenamientos jurídicos asiáticos y africanos, el principio de legalidad no se ha desarrollado mayormente, excepto donde las leyes coloniales de Europa occidental han sido aplicadas.²²

5. Análisis comparativo entre el *common law* y el *civil law*

Sin duda alguna los sistemas que han tenido mayor influencia en el derecho penal internacional han sido el *civil law* y el *common law*, por lo que conviene entonces realizar un análisis comparativo entre ambos sistemas, que nos podrá dar mayores luces sobre la influencia que cada cual ha ejercido.

Para ello, nos guiaremos por los requisitos o elementos materiales del principio de legalidad penal.

5.1. *Lex Scripta*

En el *civil law* la ley es la fuente única y exclusiva de delitos y penas, no pudiendo, en consecuencia, emanar un delito de la costumbre.²³ Ahora bien, ello no significa que estas otras fuentes carezcan de todo valor para el derecho penal, sino tan sólo que no pueden ser fuente directa de delitos y penas, ya que sí tienen valor de fuente indirecta,

²¹ *Ibidem*, pp. 279 – 280.

²² *Ibidem*, p. 280.

²³ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 107.

“como medio de integración, interpretación y complementación de las fuentes de producción”.²⁴

Por el contrario, en el *common law* tradicional se le reconocía al juez la facultad de “crear derecho”, lo que implicaba aceptar un derecho no escrito, o por lo menos no escrito por el legislador, como fuente de delitos y penas. Sin embargo, en el *common law* actual este poder de creación del derecho por la judicatura casi ha desaparecido, quedando algunos residuos a lo sumo,²⁵ lo que ha sido consecuencia de la forma en la que se aplica en la práctica el principio de legalidad.²⁶

Subsisten, en todo caso, los delitos basados en el *common law*, los llamados *common law offences*, que son los delitos tradicionales o delitos comunes, pero los nuevos delitos ya no pueden ser “descubiertos” o creados por el juez, sino que deben basarse en una

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 113, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 76. Así por ejemplo la *costumbre* dota de contenido a conceptos indeterminados que hacen referencia a comportamientos sociales, como por ejemplo la “imprudencia” (art. 5 CP), “menoscabando su fama” (art. 208 CP), “exhibición obscena” (art. 185 CP). En cuanto a los *principios*, tienen importancia en la aplicación del derecho, como por ejemplo el principio *in dubio pro reo*, que tiene una vertiente claramente procesal, pero también puede operar en la decisión sobre la ley aplicable, eligiendo la interpretación más favorable al reo, según lo ha reconocido el Tribunal Supremo español. La *jurisprudencia* tiene una función de complemento y de apoyo a la interpretación, siendo un ejemplo claro de ello el delito continuado, de creación jurisprudencial, que luego fue recogido por la legislación. Junto con ello determinados conceptos son concretados por las decisiones judiciales que, cuando existe jurisprudencia constante y uniforme, “puede preverse casi con absoluta seguridad cómo y a qué supuestos va a ser aplicada la ley penal”. De este modo, aunque la jurisprudencia en el sistema continental no vincula formalmente, existe “una clara tendencia a seguir los criterios interpretativos de los órganos superiores. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 114 – 115. Este tema nos lleva a otra problemática, que es la irretroactividad de las interpretaciones judiciales, tema ha sido abordado por el TEDH. El Tribunal Supremo ha reconocido la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales favorables al reo. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pp. 115 – 116 Distinto es el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que de conformidad al art. 5.1 de la LOPJ, tiene carácter vinculante para todos los tribunales. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 116

²⁵ Con una única excepción no tan clara, como es el caso de la Corte Suprema de Escocia. Explica HAVEMAN que la última vez que la High Court usó expresamente su poder creador del derecho fue en 1838, pero en sus resoluciones emplea un lenguaje que da a entender que conserva dicho poder de creación. HAVEMAN, Roelof, ob. cit., p. 41, en texto y nota al pie nº6.

²⁶ *Ibidem*, p. 41.

ley o “*Act*” dictada por el parlamento, que son los llamados *statutory offences*.²⁷ De este modo, los tribunales anglosajones en la actualidad deben aplicar “la ley o el *common law* existente en el momento de cometerse el hecho”.²⁸

5.2. *Lex Certa*

En cuanto a la *lex certa*, en el *civil law* este elemento del principio está dirigido fundamentalmente al legislador, quien debe definir lo más clara y concretamente posible la conducta y su penalidad. Una definición clara permite distinguir entre lo que está o no penado.

En el derecho anglosajón la certeza o taxatividad continental es conocida como “principio de *fair warning*”, que en Estados Unidos es llamado *void for vagueness*, en virtud del cual una ley puede ser declarada inconstitucional si es indebidamente vaga.²⁹

5.3. *Lex Stricta*

Vinculado a lo anterior,³⁰ en la medida en que el legislador defina con suficiente precisión el hecho delictivo, habrá menos lugar a interpretaciones discrepantes, por tanto mayor claridad habrá para determinar lo que está o no prohibido. Como

²⁷ En la terminología de Cassese. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, ob. cit., p. 38.

²⁸ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 81.

²⁹ Ídem.

³⁰ Como hemos visto, un sector de la doctrina efectúa una división tripartita y otros, conciben un cuarto elemento. Adhieren a una clasificación tripartita de los elementos materiales del principio de legalidad, entre otros, CARBONEL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 111. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, ob. cit., p. 69. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 107. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 98, aun cuando dos estos últimos autores al tratar en detalle el principio de legalidad en el derecho español, separan claramente la prohibición de la analogía, dándole un tratamiento diferenciado. Según MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 106 nota al pie nº 11, estos elementos están recogidos por el TC en las SSTC 133/1987, 75/2002. Quienes conciben a la *lex certa* con entidad autónoma son, entre otros, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual*, ob. cit., p. 75, entre otros, y MUÑOZ CONDE, con la salvedad hecha previamente en la nota anterior. En Alemania JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 79, HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 21 – 22.

contrapartida para la judicatura, este elemento le impide al juez efectuar interpretaciones extensivas así como aplicar la ley penal por analogía en perjuicio del acusado (*in malam partem*).³¹

En el derecho anglosajón, tradicionalmente la analogía no fue considerada un problema sino por el contrario, era la piedra angular mediante la cual evolucionaba el *common law*. No obstante, hoy en día la analogía es cada vez más residual pudiendo incluso ser considerada una reliquia, básicamente porque se entiende que en la actualidad corresponde al legislador y no al juez crear nuevos delitos.³²

5.4. *Lex Praevia*

En el derecho continental este requisito se traduce en que la conducta debe haber sido inequívocamente punible en el momento en que la persona cometió el hecho, o lo que es lo mismo, debe haber sido establecida la punibilidad de la conducta por una ley previa al acaecimiento de los hechos. De este modo, una ley que castiga nuevos delitos o agrava su punición, no puede aplicarse retroactivamente, “ya que es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena”, lo que está orientado a la protección de la seguridad jurídica.³³

En el *common law*, si bien la no retroactividad está bien establecida como regla de conducta para el legislador, quien no debe dictar leyes retroactivas, es menos claro tratándose de la judicatura.³⁴ Si bien hemos dicho que el juez anglosajón debe sujetarse a la ley (*statutory offences*) o al precedente (*common law offences*) y que ya no le asiste

³¹ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p.107.

³² HAVEMAN, Roelof, ob. cit., p. 48.

³³ MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p.107.

³⁴ *Ibidem*, p. 41.

la facultad de crear un delito nuevo, en la práctica se le reconoce la facultad de adaptar los delitos existentes a las nuevas circunstancias de la vida social, lo que no es percibido como un problema de retroactividad, en la medida en que haya sido razonablemente previsible que la conducta era contraria a derecho.³⁵

6. La evolución del *common law*

Como es posible observar, más allá de las diferencias y similitudes en uno y otro sistema, el derecho anglosajón ha experimentado una evolución importante en el último tiempo, acercándose al sistema de derecho codificado, sin perder, no obstante, su identidad.

En efecto, ya a fines del siglo XIX el juez STEPHEN declaró que el poder de crear nuevos delitos por parte de los jueces se había atrofiado hasta el punto de extinguirse, correspondiendo dicha tarea al parlamento. Más tarde, hubo opiniones a favor y en contra, manifestándose la doctrina penal a favor de la elaboración parlamentaria del derecho, ya que las leyes podían ser públicamente debatidas por un órgano elegido democráticamente, y no tendrían además el problema de la posible retroactividad del derecho. En 1962 la Cámara de los Lores declaró expresamente en el *caso Shaw* que tal poder de creación judicial existía, pero esta decisión fue tan criticada que en el año 1972, en el caso *Knulier*, indicó que no ejercería tales poderes, aunque podría continuar haciéndolo. Fue en 1975, en el caso *Withers*, en el que reconoció que había abandonado definitivamente estos poderes.³⁶

³⁵ Ibídem, pp. 44 – 45.

³⁶ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 80, en notas al pie 74 y 75.

Además de las opiniones de la doctrina penal anglosajona, en esta evolución han influido decididamente las convenciones internacionales de derechos humanos, que consagran expresamente el principio de legalidad y en especial la irretroactividad de la ley penal. Asimismo, cabe hacer constar que todos los Estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, excepto Bután y Brunei, han adoptado el principio de legalidad, ya sea en sus constituciones, ya sea en sus normas legislativas o por medio de su vinculación a tratados internacionales de derechos humanos.³⁷

En la actualidad, el principio de legalidad es enseñado a los nuevos juristas en el sistema anglosajón, pero conservando siempre una concepción anglosajona, que plantea una división en tres sub-principios, el principio de no retroactividad, el principio de máxima certeza ('fair warning' and 'void for vagueness'), y el principio de la interpretación estricta de las normas penales.³⁸

Ahora bien, interesa saber cómo recogen las convenciones internacionales de derechos humanos el principio de legalidad, que no solamente parece haber alcanzado este consenso interno sino también goza de un reconocimiento a nivel internacional.

³⁷ OLÁSOLO ALONSO, Héctor, “El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de derecho internacional penal*, Vol. I, Bogotá, 2013, p. 24

³⁸ ASHWORTH, Andrew, *Principles of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 58 y ss. Literalmente se afirma: “In many other jurisdictions, especially within Europe, it is usual to begin a discussion of general principles of the criminal law by stating the maxim *nullum crimen sine lege*, sometimes known as the principle of legality. However, the connotations of the principle of legality are so wide-ranging that it is preferable to divide it into three distinct principles-the principle of non-retroactivity, the principle of maximum certainty, and the principle of strict construction of penal statutes.” *Ibidem*, p. 58

CAPÍTULO VI

La internacionalización del principio de legalidad

1. Antecedentes

El principio de legalidad ingresó a la escena internacional a principios del Siglo XX. El primer antecedente lo constituye una opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935, en el caso *Danzing*,³⁹ en el cual la Corte debió Juzgar si el nuevo Código Penal de la Ciudad Libre de Danzing, que preveía expresamente la aplicación de la analogía,⁴⁰ se ajustaba a la Constitución vigente. Si bien la Corte no fijó con precisión cual debía ser el contenido del principio de legalidad, estableció como criterio general mínimo que: “debe ser posible para el individuo conocer, de antemano, si sus actos son legales o susceptibles de ser castigados”.⁴¹

³⁹ FERDINANDUSSE, Ward, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Press, 2006, p. 222. El artículo primero del nuevo Código decía: “Any person who commits an act which the law declares to be punishable or which is deserving of penalty according to the fundamental conceptions of a penal law and sound popular feeling, shall be punished. If there is no penal law directly covering an act, it shall be punished under the law of which the fundamental conception applies most nearly to the said act.” El representante de la ciudad de Danzing sostenía que lo que se pretendía era reemplazar una justicia formal por una justicia real, y que la máxima *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, en adelante y desde esta nueva perspectiva, debía ser reformulada como *nullum crimen sine poena*.

⁴⁰ Según el art. 1º del Código Penal de 1930 “Sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto”. Citado por CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 201, nota 68.

⁴¹ CPJI, Opinión Consultiva, Consistencia de Ciertos Decretos Legislativos con la Constitución de la Ciudad Libre de Danzing, 1935, Series A/B N°65, pág. 57. Disponible en formato electrónico en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_65/01_Decrets-lois_dantzikois_Avis_consultatif.pdf

La Corte sostuvo que:

“Es cierto que la ley penal no siempre regula todos los detalles. Al emplearse un sistema de definiciones generales muchas veces se le permite al juez no sólo interpretar sino además determinar cómo aplicar. Establecer el punto a partir del cual esto entra en conflicto con el principio de que los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por la ley, no es cuestión fácil de resolver. Pero hay casos en los cuales el poder discrecional dejado al juez es tan amplio que no cabe ninguna duda de que se ha excedido este límite.”⁴²

El principio de legalidad penal también ocupó un destacado lugar en los debates que tuvieron lugar durante el transcurso de la Segunda Guerra previos al juicio de Núremberg, durante estos mismos juicios, así como en las críticas que con posterioridad se suscitaron.

En cuanto a los debates previos al juicio de Núremberg, ya hemos señalado que si bien KELSEN reconocía que varias constituciones prohibían las leyes retroactivas y que el principio de legalidad penal era reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas, se trataba de derecho interno y no de derecho internacional, por lo que justificaba la aplicación retroactiva de los delitos, por tratarse de un tribunal internacional. KELSEN señalaba: “No hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes *ex post facto*”.⁴³

⁴² Ibídem, p. 56

⁴³ KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, segunda edición, Madrid, Trotta, 2008 (Publicación original de 1944, “The peace through Law”, publicado por University of Carolina Press), p. 103

Con respecto a los debates que tuvieron lugar durante los juicios a los nazis, además de lo previamente dicho sobre el juicio de Núremberg, apuntemos aquí que, Carl SCHMITT escribió un informe en derecho en 1945 para un hombre de negocios que iba a ser juzgado por su supuesta responsabilidad en la colaboración financiera de los crímenes nacionalsocialistas.⁴⁴ En este trabajo SCHMITT recuerda algunas normas y sucesos que tuvieron lugar bajo el régimen Nazi que, según la concepción occidental, infringían el principio de legalidad penal. Para SCHMITT, sin entrar a valorar lo que denomina “innovaciones legales del régimen nacionalsocialista”, destaca que la irritación que ellas causaron en la opinión pública “demuestra que la proposición <<*nullum crimen sine lege*>>, es universalmente reconocida”, por lo que sería raro que ahora se desconociera la validez del principio. No obstante advierte de las extraordinarias diferencias de la praxis continental europea, inglesa y estadounidense.⁴⁵

Ya nos hemos referido a las diversas críticas al juicio de Núremberg, las que pueden fácilmente reconducirse a dos, que son, el hecho de haber sido una justicia de los vencedores sobre los vencidos, al no haber sido verdaderamente llevada a cabo por un tribunal imparcial con un auténtico carácter internacional; y no haber respetado el principio de legalidad, especialmente lo que dice relación con la irretroactividad penal.⁴⁶

Tras el juicio de Núremberg el principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,⁴⁷ dos años más tarde en el

⁴⁴ SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio <<nullum crimen, nulla poena sine lege>>*, Buenos Aires, Hamurabi, 2006. Según explican los traductores, en p. 9, muchos años más tarde este informe fue publicado por un profesor de derecho penal con sus comentarios.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 34 – 36.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Editorial Losada, segunda edición, 1950, Tomo II, p. 1283. Amplias referencias a las opiniones expresadas por juristas de la época en las páginas siguientes.

⁴⁷ En el art. 11.2 que dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950,⁴⁸ y tiempo después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,⁴⁹ en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,⁵⁰ en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981,⁵¹ y más recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y su versión revisada del año 2007,⁵² así como la Carta Árabe de los Derechos Humanos, de 2004.⁵³

Si bien tanto la Declaración Universal como las convenciones internacionales de derechos humanos prohíben con toda claridad la aplicación retroactiva de los delitos y de las penas, todas ellas son genéricas e imprecisas en cuanto a la fuente del derecho

⁴⁸ En el art. 7. “No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.”

⁴⁹ Art. 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

⁵⁰ Art. 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

⁵¹ Art. 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.

⁵² Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

⁵³ Article 15. No crime and no penalty can be established without a prior provision of the law. In all circumstances, the law most favorable to the defendant shall be applied.

concreta por la cual aquellos pueden ser establecidos, señalando que la conducta ha debido ser delictiva, con anterioridad a la comisión del hecho, según el “derecho” nacional o internacional, y no según la “ley”.⁵⁴

En general, se tiende a pensar que ello se debe a la necesidad de compatibilizar los distintos sistemas jurídicos, particularmente el sistema de derecho continental codificado y el sistema anglosajón o *common law*, que no se basa en la ley, sino que garantiza la seguridad jurídica mediante la vinculación de los jueces al precedente judicial así como por su independencia e inamovilidad.⁵⁵

Sin embargo, hay otra razón, probablemente menos conocida, que tiene que ver con el momento histórico concreto en el cual fue adoptada la Declaración Universal, cuyo texto influyó decisivamente en la redacción del Convenio Europeo, según veremos a continuación.

2. El principio de legalidad en la Declaración Universal

Los *travaux préparatoires* de la Declaración Universal dan cuenta de que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no fueron las diferencias entre los países de sistema codificado y los del *common law* las que influyeron de manera determinante en la redacción actual de la disposición,⁵⁶ ya que los distintos borradores de la Declaración

⁵⁴ Así lo recogen la Declaración Universal (art. 11.2), el PIDCP (art. 15), el Convenio Europeo (art. 7) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 49.1). Por su parte la Convención Americana habla de “derecho aplicable” (art. 9) y la Carta Africana de “ofensa legalmente punible” (art. 7.2).

⁵⁵ En este sentido, CEREZO nos recuerda que “[e]n Inglaterra no se llevó a cabo el proceso de codificación y no triunfó, por tanto, el principio de legalidad, frutos ambos del racionalismo del Continente europeo, de corte Francés”. CEREZO MIR, José, ob. cit., pp. 200. Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1964, ob. cit., p. 390, nos recuerda que en dicho sistema el juez poseía además un “cierto poder autónomo de represión”.

⁵⁶ Varios Estados formularon distintas propuestas de una disposición referida al principio de legalidad, todas las cuales hacían referencia a una “ley vigente” o en vigor al momento de la comisión del delito. Los trabajos preparatorios, según la recopilación de SCHABAS, William (Editor), *The Universal Declaration*

Universal siempre hicieron referencia a una “ley vigente” (*law in effect*),⁵⁷ sino que fue la llamada “enmienda belga”, consistente en insertar un párrafo adicional, que era del siguiente tenor:

“Esta disposición no impedirá, sin embargo, el juicio y la condena de personas que hayan cometido actos los cuales, en el momento de su comisión, fueran considerados criminales en virtud de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.⁵⁸

Según el representante de Bélgica, el propósito de la enmienda era prevenir la posibilidad de que en el futuro los historiadores alemanes, usaran la redacción original

of Human Rights. The Travaux Préparatoires, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City, Cambridge University Press (New York), 2013. Se consignan las propuestas de Cuba, de 12 febrero de 1946: “laws in force prior to the act”; Panamá, de 26 de abril de 1946: “a law in effect at the time of the commission of the act”; Chile, en representación del Comité Jurídico Interamericano: “the law in force at the time the act was committed”. ver SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 533; también una propuesta posterior de Francia, de 16 de junio de 1947: “some law in effect at the time of the act”, SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 791. Incluso la propuesta de Estados Unidos, país de *common law*, disponía “a law in effect at the time of the commission of the act”. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 714 – 715. La única excepción fue la propuesta presentada por el Reino Unido, que era del siguiente tenor: “No person shall be held guilty of any offence on account of acts or omissions which did not constitute such an offence at the time when they were committed.” Ver SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 295 (énfasis añadido).

⁵⁷ En el borrador del Comité de Redacción para una carta internacional de derechos humanos, de 11 de junio de 1947, disponía en su artículo 26: “No one shall be convicted of crime except by judgment of a court of law for violation of a law in effect at the time of the commission of the act charged as an offence, nor be subjected to a penalty greater than that applicable at the time of the commission of the offence.” Cfr. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 532 (énfasis añadido). Un segundo borrador, de 1 julio de 1947, disponía en lo pertinente, ahora en el artículo 10: “No one can be convicted of crime unless he has violated some law in effect at the time of the act charged as an offence nor be subjected to a penalty greater than that applicable at the time of the commission of the offence. No one, even if convicted for a crime, can be subjected to torture.” *Ibidem*, p. 932 (énfasis añadido). Un tercer borrador es el de la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo sobre la Declaración de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 1947, que también en el artículo 10, en lo pertinente disponía: “Any person is presumed innocent until proved guilty. No one shall be convicted or punished for a crime or another offence except after fair public trial at which he has been given all guarantees necessary for his defence and which shall be pursuant to law in effect at the time of the commission of the act charged. No one shall be subjected to torture or to cruel or inhuman punishment or indignity”. *Ibidem*, p. 1245 (énfasis añadido).

⁵⁸ “This provision shall not, however, preclude the trial and conviction of persons who have committed acts which, at the time of their commission, were regarded as criminal by virtue of the general principles of law recognized by civilized nations.” La propuesta es de 12 de diciembre de 1947. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1268

del artículo para tratar de demostrar la ilegalidad de los juicios sobre crímenes de guerra, especialmente los de Núremberg.⁵⁹ La iniciativa fue secundada por Filipinas, que también presentó una enmienda en términos muy similares.⁶⁰ Tras el debate,⁶¹ la enmienda fue aprobada,⁶² incorporándose al proyecto. Asimismo, fue eliminada la mención a la “ley vigente” (law in effect), sin que exista constancia expresa en las actas de los motivos que hubo para ello.⁶³

Unos pocos meses después, el Gobierno de Brasil propuso la eliminación del párrafo introducido por la enmienda belga, por considerar que ello era “una derogación

⁵⁹ Según consta en el Acta resumen de la 36ª reunión de la Comisión Derechos Humanos, de fecha 13 de diciembre de 1947 (SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1268 y ss.). La afirmación del representante belga se encuentra en *Ibídem*, p. 1275

⁶⁰ “Nothing in this Article shall prejudice the trial and punishment of any person for the commission of any act which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations.”. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1274 - 1275

⁶¹ Que tuvo lugar en las reuniones 36ª y 37ª de la Comisión de Derechos Humanos, ambas del día 13 de diciembre de 1947. Ver en detalle SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1247 – 1278. En lo pertinente, apuntemos brevemente que el representante de la Unión Soviética reconocía que en los juicios a los criminales de guerra nazis era frecuente que la defensa invocara que los acusados habían actuado “de acuerdo con las leyes existentes en el tiempo en el que los crímenes fueron cometidos”, por lo que, el texto que se debatía debía ser cuidadosamente estudiado para evitar este tipo de alegaciones (p. 1275). Por su parte, la representante de Estados Unidos se mostró partidaria a que la enmienda propuesta por Bélgica se incluyera como una nota, ya que las implicancias podían ser grandes, necesitando este tema de mayor estudio (p. 1276). La delegación de China se opuso a la enmienda, ya que, en los términos amplios en los que estaba formulada, podía prestarse para abusos (P. 1277)

⁶² Por 8 votos a favor, uno en contra y 8 abstenciones. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1278

⁶³ El proyecto presentado la Comisión de Derechos Humanos al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/CN.4/77/Annex A, era del siguiente tenor: Artículo 10:

“Any person is presumed innocent until proved guilty. No one shall be convicted or punished for crime or another offence except after fair public trial at which he has been given all guarantees necessary for his defence. No person shall be held guilty of any offence on account of any act or omission which did not constitute such an offence when it was committed, nor shall be liable to any greater punishment than that prescribed for such offence by the law in force at the time when the offence was committed.

“Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for the commission of any act which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations. No one shall be subjected to torture, or to cruel or inhuman punishment or indignity.” Ver SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1326 – 1327. (énfasis añadido). El Consejo Económico y Social hace suyo el proyecto (*Ibídem*, pp. 1336 Y SS.), pero ahora la disposición que nos ocupa, pasa a ser el artículo 7, pero manteniéndose intacta la redacción (*Ibídem*, pp. 1343).

inaceptable del principio *nullum crimen sine lege*".⁶⁴ El Congreso Mundial Judío,⁶⁵ al mes siguiente, se opuso a la iniciativa de Brasil, argumentando que el derecho internacional debía ser respetado por todos los países, que este principio fue la base de los juicios internacionales por crímenes de guerra, y que la eliminación del párrafo podría impedir tales juicios en el futuro y podría estar en discordancia con la resolución adoptada por la Asamblea General.⁶⁶ Aunque no lo menciona, se refería a la resolución que aprobó el Estatuto y las sentencias de Núremberg. En esas mismas fechas, Suecia también manifestó la incompatibilidad del párrafo segundo con su ordenamiento jurídico.⁶⁷

Enfrentadas las posiciones, el párrafo en cuestión fue nuevamente debatido por el Comité de Redacción,⁶⁸ donde fue ratificada su mantención, aunque con una redacción ligeramente diferente, sin alterar su sentido.⁶⁹

⁶⁴ La comunicación de Brasil es de 22 de abril de 1948, disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1424 y ss. La cita es de la p. 1426.

⁶⁵ Recordemos que a la sazón el Estado de Israel aún no existía, por lo que no podía tomar parte en las negociaciones. Sin embargo, el Congreso Mundial Judío fue invitado a exponer ante el Comité de Redacción el 17 de mayo de 1948. El acta de la sesión se encuentra en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1539 y ss.

⁶⁶ SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1540.

⁶⁷ Comunicación del Gobierno de Suecia de 11 de mayo de 1948, pero fechada el día 19 de mayo. Disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1565 y ss. La cita es de la p. 1566.

⁶⁸ El acta resumida de la reunión del Comité de Redacción del 19 de mayo de 1948 se encuentra disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1567 y ss. Apuntemos brevemente algunos aspectos, como la propuesta de la Unión Soviética de reemplazar la expresión "civilized nations" por "democracies countries" (Ibidem, pp. 1568 – 1569), la del Reino Unido en orden a que la referencia del párrafo segundo sobre criminales debiera aparecer o en la Declaración o en la Convención, pero no en ambos documentos (Ibidem, p.1570), y el consenso general en cuanto a recoger en el texto principios generales, evitando textos extensos con tanto detalle.

⁶⁹ "The preceding provisions shall not prejudice the trial and punishment of any person for the commission of any act, which at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations." SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1583. El Nuevo texto fue aprobado por 4 votos a favor, uno en contra, 2 abstenciones.

Tan sólo unos días más tarde el Reino Unido y la India presentaron una enmienda que proponía eliminar el párrafo segundo, así como un texto más simplificado.⁷⁰ En el debate sobre esta propuesta,⁷¹ el representante del Congreso Mundial Judío nuevamente se opuso por constituir un retroceso en el derecho internacional, ya que las Convenciones de La Haya de 1907 así como los principios establecidos por los juicios de Núremberg, protegen contra la violación causada por las leyes nacionales (como ocurrió en la Alemania Nazi).⁷² El Reino Unido, replicando, explicó que la redacción que propone, incluye los delitos establecidos “tanto por el derecho nacional como internacional”,⁷³ por lo que, concluimos nosotros, el párrafo segundo resultaría innecesario. El representante de Australia rebatió al del Reino Unido, señalando que no creía que el párrafo segundo estuviese incluido en el primero, siendo necesaria su mantención para evitar cualquier laguna en la Declaración Universal.⁷⁴ Tras un breve intercambio de opiniones, se aceptó la propuesta de la Unión Soviética de designar un subcomité redactor,⁷⁵ a fin preparar una nueva redacción de los párrafos 1 y 2. Al día siguiente, el subcomité propuso un nuevo texto que, en lo pertinente, es muy similar al texto actual, fusionando aquella parte del párrafo primero que contenía el principio de legalidad penal con el párrafo segundo, y trasladando toda la disposición a este último, dejando constancia, ahora sí de manera expresa, que “Nadie será condenado por actos u

⁷⁰ La propuesta es de 24 de mayo de 1948, y se encuentra disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1618 y ss. En la enmienda se proponía además la supresión de la disposición referida a la irretroactividad de la pena.

⁷¹ Acta resumen de la 54 reunión de la Comisión de Derechos Humanos, de 1 de junio de 1948, disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 1701 y ss.

⁷² SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1707

⁷³ *Ibidem*, p. 1708

⁷⁴ *Ídem*, p. 1708

⁷⁵ constituido por los representantes del Reino Unido, India, Francia, China y Yugoslavia, SCHABAS, William, ob. cit., p. 1709

omisiones que no constituyan un delito, según el <<derecho nacional o internacional>>, en el momento de su comisión”.⁷⁶

El texto fue objeto de varios debates posteriores,⁷⁷ y de varias propuestas de enmiendas,⁷⁸ pero ya no sufrirá modificaciones significativas,⁷⁹ salvo la reposición de la disposición sobre la irretroactividad de la pena, que había sido suprimida en algunos borradores.⁸⁰

⁷⁶ Énfasis añadido. El texto en inglés dice: “No one shall be held guilty of any offence on account of any act or omission which did not constitute an offence, under national or international law, at the time when it was committed”. El reporte del subcomité fue presentado el 2 de junio de 1948, disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1710

⁷⁷ Las más importantes sobre este punto son la Reunión 55 de la Comisión Derechos Humanos, de 2 de junio de 1948, acta resumen en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1710 y ss, y la Reunión 56 de la Comisión Derechos Humanos, de 2 de junio de 1948, acta resumen en *Ibidem*, p. 1720 y ss; las reuniones 115 y 116 del Tercer Comité, de 28 y 29 de octubre de 1948, disponibles en *Ibidem*, pp. 2369 y ss. (sobre el principio de legalidad ver pp. *Ibidem*, 2376 a 2378) y *Ibidem*, pp. 2380 y ss., respectivamente.

⁷⁸ Ver Recapitulación de enmiendas propuestas al artículo 9, de 14 de octubre de 1948, disponible en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., pp. 2228 – 2229

⁷⁹ Se trata más bien de precisiones de los textos en inglés y francés. En cuanto al inglés, el 5 de octubre de 1948 Estados Unidos propuso insertar la palabra “penal” antes de la palabra “offence” del párrafo 2º del entonces artículo 9. Ver SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 2099, adoptada por el 29 de octubre de 1948 por 16 votos a 8 y 14 abstenciones. *Ibidem*, p. 2387. En cuanto al texto en francés, Francia propuso substituir la expresión “aux termes du droit national ou International” por “d’après le droit national ou international”, *Ibidem*, pp. 2228 – 2229 aprobada por unanimidad (*Ibidem*, p. 2387), así como el reemplazo de la palabra *délit*, que no acababa de convencer a los francófonos, por la expresión más genérica *acte délictueux*, sugerida por el representante de Grecia (*Ibidem*, p. 2383) y también acordada por unanimidad (*Ibidem*, p. 2386).

⁸⁰ Los dos primeros borradores, de 11 de junio de 1947, artículo 26 y en el de 1 julio de 1947, artículo 10, las redacciones eran idénticas en relación con la irretroactividad de la pena: “... nor be subjected to a penalty greater than that applicable at the time of the commission of the offence.” Cfr. SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 532 y p. 932, respectivamente. En el tercer borrador de la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo, de 8 de diciembre de 1947, sólo contempló la irretroactividad de la ley penal, y con respecto a la pena, únicamente dispuso que nadie podía ser sometido a tortura, penas inhumanas, crueles o indignas: No one shall be subjected to torture or to cruel or inhuman punishment or indignity.”, ver *Ibidem*, p. 1245. La irretroactividad de la pena reaparece en el proyecto que presenta la Comisión de Derechos Humanos al Consejo Económico y Social el 16 de diciembre de 1947, documento E/CN.4/77/Annex A, disponible en *Ibidem*, p. 1325 y ss., en términos similares a los dos primeros borradores, pero además con expresa referencia a la “ley vigente”, en el artículo 10: “...nor shall be liable to any greater punishment than that prescribed for such offence by the law in force at the time when the offence was committed”. *Ibidem*, pp. 1326 – 1327 (énfasis añadido). En la propuesta formulada por el Reino Unido y la India el 24 de mayo de 1948, que simplifica el artículo y propone la eliminación del párrafo segundo sobre los crímenes de guerra (la enmienda belga), desaparece además toda mención sobre la irretroactividad de la pena. *Ibidem*, p. 1618 y ss. En el debate que tuvo lugar en la 54ª reunión de la Comisión de Derechos Humanos (disponible en *Ibidem*, pp. 1701 y ss.), el representante del Reino Unido explicó, con respecto a la supresión de la irretroactividad de la pena, que en ciertos casos, como en

Todo lo anterior explica, por una parte, por qué la Declaración Universal no hace referencia a una “ley” sino al “derecho” nacional o internacional. Pero también, si nos fijamos con detención en el texto de la fallida “enmienda belga” y la de Filipinas, su tenor era muy similar, casi idéntico, al que poco tiempo más tarde, sería propuesto nuevamente, y esta vez con éxito, en el Convenio Europeo y que constituye el actual artículo 7.2, como también, el artículo 15.2 del PIDCP.

3. El principio de legalidad en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos

Es interesante notar que el Reino Unido había efectuado una proposición de enmienda sobre el entonces artículo 14 del Pacto Internacional, en los cuales se proponía añadir un párrafo 2º a la disposición, ya que el texto podía dar pie para impugnar la validez de los

el de las personas que participan en el mercado negro, tal disposición podía resultar imprudente, ya que permitiría a los delincuentes sopesar la pena previamente establecida con los beneficios que esperaban obtener del delito, además de que la irretroactividad de la pena no es, en su opinión, un derecho humano fundamental, debiendo ser considerado sobre una base diferente. *Ibidem*, pp. 1707 – 1708. El texto se surge de la nueva redacción propuesta por el Subcomité de Redacción (en el cual se hace mención a que el hecho debe ser delictivo según el derecho nacional o internacional), no se contiene tampoco disposición sobre la irretroactividad de la pena. *Ibidem*, p. 1710. El asunto lo replantea en una sesión siguiente el representante de Egipto, *Ibidem*, p. 1722, y más tarde por las delegaciones de Cuba, Uruguay y Panamá, *Ibidem*, p. 2376 El Reino Unido rebate estas propuestas, estimando que la disposición tiene un valor dudoso, citando a modo de ejemplo el caso de la pena de multa, en el cual la inflación podría hacer que la sanción terminase siendo ilusoria. *Ibidem*, p. 2377. En una sesión posterior, el representante de Uruguay expresó que era consciente de las dificultades de brindar al individuo en el plano internacional las mismas garantías que otorgan las legislaciones nacionales, pero había que tener en consideración que la Declaración Universal estaba destinada a gobernar a la Comunidad internacional en tiempo de paz, por lo que el Comité debiera avanzar por esta senda. *Ibidem*, p. 2381. El representante de Francia señaló a su turno, que estos principios son aplicados en la legislación francesa, por lo que gozan de su simpatía, sin embargo, de lo que se trata es de establecer principios del derecho internacional común, lo que únicamente puede tener éxito concentrándose sobre la definición de conceptos comunes para todos, que puedan obtener el apoyo de todos los países. *Ibidem*, p. 2385. Panamá reformula ligeramente la redacción de su propuesta, en los siguientes términos: “Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”. *Ibidem*, p. 2386. El representante de Egipto insistió en que la irretroactividad de los delitos debe también proteger también contra el incremento posterior de las penas, y que, si la mayoría de las legislaciones nacionales estipulan que las penas no pueden ser retroactivas, no ve por qué este principio no puede ser trasladado al derecho internacional. *Ibidem*, p. 2386. La propuesta, en la versión modificada de Panamá, fue finalmente adoptada por 19 votos a 6, con 19 abstenciones. *Ibidem*, p. 2386, sin que posteriormente sufriera nuevas modificaciones.

juicios de Núremberg.⁸¹ El tenor de esta propuesta es muy similar a la llamada “enmienda belga” y virtualmente idéntica a la proposición de Filipinas, que finalmente no prosperaron en la Declaración Universal, pero que ahora reaparece en el Pacto:

“Nothing in this Article shall prejudice the trial and punishment of any person for the commission of any act which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”⁸²

Como hemos visto antes, fue precisamente el Reino Unido quien propuso suprimir la “enmienda belga” en la Declaración Universal, reformulándose el artículo para dejar expresa constancia de que los delitos podían ser establecidos tanto por el “derecho nacional” como por el “derecho internacional”. Sin embargo ahora, en la tramitación del Pacto Internacional, el Reino Unido propuso la inclusión de esta misma cláusula cuyo retiro antes había propiciado.

Esta inconsistencia, sin embargo, es más bien aparente, porque el Reino Unido se manifestó también partidario de incorporar la “cláusula belga” o bien en la Declaración Universal o bien en el Pacto Internacional, pero no en ambos textos.⁸³ No obstante, en gran medida la incorporación posterior de la “enmienda belga” en el Pacto Internacional, que ya hace mención expresa al “derecho internacional” no deja de ser, al tenor de lo visto, un tanto redundante.

⁸¹ La fundamentación que precede a la enmienda textualmente señala: “His Majesty’s Government consider that the latest text of this article might be thought to impugn the validity of the judgments of the Nuremberg Tribunal. They therefor suggest that the Commission might wish to consider the desirability of adding a second paragraph to this article on the following lines:”.

⁸² (SIC) TP (1957) p. 4, TP(1970) p. 6.

⁸³ Ver la opinión del Reino Unido en SCHABAS, William, *The Universal Declaration*, ob. cit., p. 1570

Sólo cabe entonces concluir que hubo mucha preocupación por reforzar la delgada legitimidad los juicios de Núremberg, esquivando posibles cuestionamientos futuros por haber infringido el principio de legalidad penal, ahora elevado a la categoría de derecho humano, primero en la Declaración Universal, y ahora en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸⁴

4. El principio de legalidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

4.1. La adopción del Convenio Europeo

En el mismo contexto marcado tanto por los sucesos que acababan de ocurrir durante la Segunda Guerra Mundial, como por el nuevo escenario político de Guerra Fría que imperaba en dicho momento,⁸⁵ varios países de Europa occidental crearon el Consejo de Europa,⁸⁶ en cuyos Estatutos declaran su compromiso con la paz, con los principios sobre los que se funda una auténtica democracia⁸⁷ (como la libertad individual y política, así como el imperio del Derecho), y manifiestan su deseo de lograr una unión

⁸⁴ Para mayores detalles sobre los trabajos preparatorios sobre el Pacto Internacional, ver GALLANT, Kenneth, *The Principle of Legality...* ob. cit., p. 178 y ss.

⁸⁵ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., pp. 1 – 2. Ver además LINDE, Enrique, ORTEGA, Luis, SANCHEZ MORAN, Miguel GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coord.), *El sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 61 – 62. En cuanto a la Guerra Fría, según el historiador HOBSBAWM, “[e]n cuanto desapareció el fascismo contra el que se habían unido, el capitalismo y el comunismo se dispusieron de nuevo a enfrentarse como enemigos irreconciliables”. HOBSBAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2009, p. 181

⁸⁶ El Consejo de Europa fue constituido por un tratado intergubernamental, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, por diez Estados: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Sobre el Consejo de Europa, su origen, funciones y composición actual, ver CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 25 – 32. Sobre el origen del Consejo de Europa ver además LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., pp. 63 – 64

⁸⁷ Según LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., p. 62, “los países occidentales encontraron en los principios liberal-democráticos una bandera unificadora que oponer al sistema político de las democracias populares”. De allí, entonces, el deseo de reafirmar los principios en los que se funda una “auténtica” democracia.

más estrecha entre ellos.⁸⁸ El Convenio Europeo de Derechos Humanos es fruto de este contexto,⁸⁹ y responde en parte a la necesidad de desarrollar y dotar de contenido las obligaciones que habían asumido los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de derechos humanos.⁹⁰

En la elaboración del Convenio,⁹¹ se tuvo en especial consideración la recientemente aprobada Declaración Universal de Derechos Humanos,⁹² así como el proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos que desarrollaría la Declaración Universal.⁹³ Una vez aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, el texto definitivo del Convenio Europeo fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.⁹⁴ Según el preámbulo, los Estados europeos consideran que el

⁸⁸ Ver preámbulo y artículo 1.a) del Estatuto del Consejo de Europa, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm> LINDE recuerda la opinión de SPAAK (Paul-Henri Spaak), según la cual, “fue Stalin quien más ayudó a la unión de la Europa occidental”. LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., p. 62. En este mismo sentido, HOBBSBAWM, Eric, ob. cit., p. 243, afirma que, en cierto sentido, “la guerra fría creó la comunidad europea”.

⁸⁹ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., pp. 1 – 2. Ver además LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., pp. 61 - 62

⁹⁰ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 1. En efecto, los derechos humanos y las libertades fundamentales aparecen mencionados en el artículo 1.b) y en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, en términos tales que los Estados se comprometen a reconocerlos, salvaguardarlos y darles efectividad. Además, y en lo que a nuestro tema se refiere, es interesante notar que tanto el párrafo 3º del preámbulo como el artículo 3, mencionan la expresión “imperio del derecho” (“rule of law” en inglés y “prééminence du droit” en francés), considerándolo como un valor espiritual y moral que es patrimonio común de los pueblos europeos “sobre el cual se funda toda auténtica democracia”, y como un principio que los Estados aceptan y se comprometen a respetar. Volveremos sobre este punto más adelante.

⁹¹ El primer borrador del Convenio Europeo fue, en realidad, redactado por la sección jurídica del “Movimiento Europeo”, el cual fue entregado en julio de 1949 al Consejo de Europa. LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., pp. 63-64, y VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN ROJIN, Arjen, ZWAAK, Leo (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, p. 3.

⁹² La Declaración Universal fue “la fuente de inspiración del Convenio Europeo”. CASADEVALL, Josep, ob. cit., pp. 33 – 34.

⁹³ Que hoy conocemos como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de 16 de 1966. Esta preocupación fue expresada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en términos tales que en un comienzo se opuso a la redacción del Convenio Europeo, ya que ello “supondría duplicar e interferir en la labor de Naciones Unidas en la redacción de los Pactos de desarrollo de la Declaración Universal” accediendo finalmente sólo a condición de que se tuviese “especial cuidado en la definición de los derechos que pretendían protegerse”. LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., p. 65

⁹⁴ Tras el depósito del décimo instrumento de ratificación, según lo dispuesto en su artículo 66 del Convenio (actual art. 59.3, tras la modificación introducida por el art. 2.1 del protocolo 11). Según

Convenio contribuye a la finalidad de realizar una unión más estrecha entre ellos, ya que los derechos y libertades fundamentales constituyen las bases mismas de la justicia y la paz, en cuyo mantenimiento reposa un “régimen político verdaderamente democrático”. Así entonces, el respeto a la libertad y la preeminencia del derecho, los anima a adoptar “las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.⁹⁵

4.2. La remisión del Convenio Europeo a la Declaración Universal

Según consta en los trabajos preparatorios,⁹⁶ las primeras versiones del Convenio no contenían una disposición específica para el principio de legalidad.⁹⁷ El borrador aprobado por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa,⁹⁸ era del siguiente tenor:

recuerda EISSEN, la décima ratificación la efectuó el Gran Ducado de Luxemburgo. EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, p. 13. En la actualidad el Convenio ha sido ratificado por todos los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. La lista completa de Estados parte con sus respectivas fechas de firma y ratificación, se encuentra disponible en:

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures>

Protege a una población total de más de 800 millones de personas. HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 2. Está prevista además, en un futuro próximo, la firma y ratificación por parte de la Unión Europea, en calidad de organización internacional, lo que sin duda representa toda una novedad en el derecho internacional. Ver art. 6.2 del TUE y art. 59.2 de la CEDH.

⁹⁵ Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en:

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

⁹⁶ Los trabajos preparatorios del Convenio Europeo se encuentran disponibles en:

http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf Cabe hacer notar que durante un tiempo varios documentos tuvieron un carácter confidencial, como es el caso de los correspondientes al artículo 7 del Convenio que aquí nos ocupa, que hoy se han desclasificado y se encuentran disponibles dos informes compilatorios de 1957 y 1970 disponible respectivamente en:

[http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf) y en

[http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTTravaux-ART7-CDH\(70\)10-BIL1338890.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTTravaux-ART7-CDH(70)10-BIL1338890.pdf) (ambos extraídos el 17 de septiembre de 2013). En lo sucesivo, cuando citemos los trabajos preparatorios nos remitiremos a estos documentos, con la abreviación TP e indicando el año de publicación, para diferenciarlos.

⁹⁷ De hecho el primer borrador del Convenio, preparado por el Movimiento Europeo, no contenía una disposición específica que se correspondiera con el actual artículo 7 del Convenio. TP (1957) y TP (1970) p. 2, nota al pie nº 1.

⁹⁸ Hoy Asamblea Parlamentaria.

Artículo 2: “En esta Convención, los Estados miembros se comprometerán a asegurar a todas las personas que residan en sus territorios:

(1) ...

(2) ...

(3) Libertad de arresto, detención, exilio y otras medidas arbitrarias de acuerdo con los artículos 9, 10 y 11 de la Declaración de Naciones Unidas.”⁹⁹

De este modo es posible concluir que, si en la redacción del Convenio se tuvo en especial consideración la Declaración Universal, ello es particularmente más intenso en lo que respecta al principio de legalidad, ya que el texto del Convenio era, originalmente, una remisión expresa a la Declaración Universal.

La Asamblea presentó este borrador al Comité de Ministros del Consejo de Europa,¹⁰⁰ el cual, tras revisarlo lo rechazó, “dada la indefinición de los derechos y libertades contenidos en el mismo”, por lo que en noviembre de 1949, designó un Comité de Expertos, nombrados por los Gobiernos respectivos, “para que redactasen un nuevo proyecto de Convenio con indicación expresa de que tuviesen en cuenta los progresos obtenidos en dicha materia por los órganos competentes de las Naciones Unidas”,¹⁰¹ sobre el que a la sazón era proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos.¹⁰²

⁹⁹ TP (1957) pp. 2 – 3 y TP (1970) pp. 3 - 5

¹⁰⁰ También conocido como “Recomendación N° 38” TP (1957) p.3, TP (1970) p. 5

¹⁰¹ LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., p. 67

¹⁰² TP (1970), p. 5. Este Pacto, corresponde a los actuales Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

4.3. Las enmiendas de Suecia y Luxemburgo

El 4 de febrero de 1950, el representante de Suecia propuso una enmienda, ante la Asamblea Consultiva, al que todavía seguía siendo el artículo 2, párrafo 3 del proyecto, consistente en añadir el siguiente texto:

“Con respecto a la referencia al artículo 11 párrafo 2 de la Declaración de Naciones Unidas, se señala que cada Estado Miembro se reserva el derecho de aplicar a un crimen o un acto u omisión delictiva sólo aquella ley que esté en vigor en su territorio en el momento en el que el acto fue cometido”.¹⁰³

Ese mismo día, 4 de febrero, el representante de Luxemburgo presentó una enmienda en la cual propuso la eliminación de la irretroactividad de la pena, por considerar que la redacción del artículo 11 párrafo 2º de la Declaración de Naciones Unidas estaba formulada en términos demasiado absolutos. Además, Luxemburgo temía que ese texto pudiera ser considerado como una condena moral a las leyes penales dictadas en varios Estados Europeos durante y después de la guerra acaecida entre 1939 y 1945. Por ello, propuso eliminar la segunda parte del párrafo 2 del artículo 11 [esto es, la irretroactividad de la pena], adoptando una redacción más flexible, sugiriendo para el debate la siguiente:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que, al momento de su comisión, no constituya un acto delictivo, ya sea según el derecho nacional, internacional o

¹⁰³ TP (1957) p. 5, TP (1970) p. 7. Traducción libre. El texto consignado en los trabajos preparatorios está en inglés: “As regards reference to Article 11, paragraph 2 of the United Nations Declaration, it is pointed out that each member State reserves the right to apply to a crime or to an act or delinquent omission only that law which is in force in its territory at the time the act was committed”.

de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹⁰⁴

El Comité de Expertos nombró un subcomité al cual encomendó el análisis de las propuestas de Suecia y Luxemburgo.¹⁰⁵ En cuanto a la enmienda propuesta por Suecia, en su informe, el subcomité dejó constancia que el representante de Suecia retiraría su enmienda, siempre que la exposición de motivos del informe del Comité de Expertos, señale claramente que el Convenio “no obliga a los Estados miembros a aplicar, como medida penal, una regla de derecho internacional la cual no haya sido incorporada en el derecho nacional”.¹⁰⁶ Con respecto a la enmienda propuesta por Luxemburgo, el Subcomité consideró que no era deseable enmendar el texto, ya que este sería contrario al procedimiento adoptado por la Asamblea. Con respecto a la segunda parte de la enmienda (así lo dice, pero sería más bien la segunda parte del argumento, consistente en la preocupación de que las leyes pudieran recibir una condena moral), el Subcomité consideró que el problema relevado por el representante de Luxemburgo, podría ser resuelto indicando claramente en la exposición de motivos que el Convenio se aplicará sólo hacia el futuro.¹⁰⁷

El Comité de Expertos remitió su informe al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en el que se contiene un nuevo borrador del Convenio, en el cual se puso fin al sistema de remisiones a la Declaración Universal y se adoptó una redacción propia. El

¹⁰⁴ TP (1957) pp. 5 – 6, TP (1970) pp. 7 – 8. El texto original fue presentado en francés. Los trabajos preparatorios consignan también su traducción al inglés, desde la cual se ha efectuado una traducción libre. “No one shall be held guilty of any act or omission which, at the time when it was committed, did not constitute a delinquent act, either under national or international law, nor according to the general principles of law recognized by civilized nations”.

¹⁰⁵ TP (1957) p. 6, TP (1970) p. 8.

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ídem

texto sobre el principio de legalidad es, no obstante, idéntico al de la Declaración Universal.¹⁰⁸ En cuanto a un posible párrafo 2º (la enmienda belga), no obstante ser tenida a la vista como parte de los avances al pacto internacional, como pidió el Comité de Ministros, no fue incorporada en el texto. Con respecto a Suecia, se dejó expresa constancia de que el Convenio “no obliga a los Estados signatarios a aplicar a un caso penal, una ley internacional que no forme parte de su derecho nacional (interno)”.¹⁰⁹ Finalmente con respecto a Luxemburgo, se dejó expresa constancia de que: “El Comité subraya que el texto no afecta a las leyes adoptadas al final de la guerra mundial para reprimir los crímenes de guerra, traición y colaboración con el enemigo, y no implica una condena legal o moral a estas leyes”.¹¹⁰

4.4. La enmienda del Reino Unido

Más adelante, en una segunda sesión,¹¹¹ el Comité de Expertos analizó una proposición de enmienda presentada por el Reino Unido, que contiene dos novedades importantes: (1) eliminar toda referencia a la irretroactividad de la pena, lo que es coincidente con la propuesta formulada por Luxemburgo y, (2) añadir un párrafo 2, que es prácticamente idéntico al que el Reino Unido propusiera en Naciones Unidas al proyecto de Pacto Internacional, así como a la fallida enmienda propuesta por Bélgica y Filipinas a la Declaración Universal: “Nada en el presente artículo impedirá el juicio y la condena de

¹⁰⁸ TP (1957) p. 7, TP (1970) p. 9. “No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”

¹⁰⁹ TP (1957) p. 7, TP (1970) p. 9.

¹¹⁰ Ídem

¹¹¹ Celebrada en Estrasburgo entre el 6 y el 10 de marzo de 1950

una persona por un acto u omisión que, al tiempo de su comisión, constituía un delito según los principios del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹¹²

El Comité de Expertos en su informe al Comité de Ministros, propone dos textos alternativos, uno igual al contenido en el borrador anterior, y el otro con la nueva redacción propuesta por el Reino Unido.¹¹³ En sus comentarios a los artículos se contienen las mismas constancias formuladas en el informe anterior, aun cuando la referida a la validez de las leyes dictadas tras la segunda guerra mundial, que responde a las preocupaciones de Luxemburgo, se añadió la frase “bajo las especiales circunstancias al final de la segunda guerra mundial”, así como en vez de afirmar que el artículo no implica una condena legal o moral a estas leyes, se señala que “no tiene por finalidad” aquella condena moral o legal.¹¹⁴

Así como en este tema, también con respecto a otras disposiciones del proyecto, el Comité de Expertos propuso textos alternativos, ya que entendía que la decisión final correspondía a instancias políticas. Por ello, el Comité de Ministros, tras recibir el informe, decidió convocar a una Conferencia de Altos Funcionarios a fin de tomar las decisiones políticas necesarias.¹¹⁵

¹¹² TP (1957) p. 8, TP (1970) p. 10. Reproducimos a continuación el texto original en inglés, en el cual hemos destacado las diferencias que presenta este texto con la proposición de enmienda del mismo Reino Unido al artículo respectivo del entonces Pacto Internacional de Derechos Humanos: “Nothing in this Article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

¹¹³ TP (1957) pp. 9 – 10, TP (1970) pp. 11 – 12.

¹¹⁴ TP (1957) p. 10, TP (1970) p. 12.

¹¹⁵ LINDE, Enrique, *et. al.*, ob. cit., p. 68, VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 3

4.5. La adopción del texto definitivo

En el debate que tuvo lugar en la Conferencia de Altos Funcionarios,¹¹⁶ se produjo una confluencia de opiniones en torno a eliminar las discrepancias entre las dos proposiciones y redactar un texto que fuera muy similar al entonces artículo 14 del proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos.¹¹⁷

El texto propuesto por la Conferencia, primero con el artículo 9 y luego con el artículo 7, además de algunas modificaciones menores, como reemplazar la expresión en inglés “penal offence” por “criminal offence” que figuraba en varias partes del artículo, en lo medular mantuvo la disposición referida a la irretroactividad de la pena, con casi idéntica redacción a la de la Declaración Universal,¹¹⁸ y confirmó la agregación del párrafo segundo en la redacción propuesta por el Reino Unido al proyecto de Convenio, que, como sabemos, era casi idéntica a la del proyecto de Pacto Internacional, que también fue propuesta por el Reino Unido, y prácticamente idéntica a la enmienda belga y Filipina en la Declaración Universal.¹¹⁹

El Comité de Ministros aprobó con ligeras modificaciones el texto propuesto por la Conferencia de Altos Funcionarios,¹²⁰ y días más tarde fue aprobado el Convenio por la

¹¹⁶ Celebrada entre los días 8 y 17 de junio de 1950.

¹¹⁷ El breve debate consignado se encuentra disponible en TP (1970), p. 12 – 13.

¹¹⁸ La única diferencia es el cambio de las expresiones “penal offence” por “criminal offence”

¹¹⁹ TP (1957) pp.10 – 11, TP (1970) pp. 13 - 14.

¹²⁰ El Comité de Ministros se reunió entre el 3 y el 9 de agosto de 1950. La modificación consistió en enmendar el encabezado del párrafo 2, reemplazando “Nothing in this Article shall prejudice”, por “This article shall not prejudice”. También, en una revisión posterior fue agregado, también a este párrafo 2, la palabra “when” antes de la expresión “it was committed”. Ver en detalle TP (1957) pp.12 – 13, TP (1970) pp. 14 – 15, incluida la nota al pie nº1.

Asamblea Consultiva, sin comentarios especiales sobre el texto del artículo 7,¹²¹ que, como sabemos dispone que:

No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.¹²²

5. El principio de legalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El principio de legalidad penal no aparece reconocido de manera separada en la Declaración Americana de Derechos Humanos, de 1948, sino que, inserto dentro de la protección de otros derechos.

Así, el artículo XXV que versa sobre el Derecho de protección contra la detención arbitraria, consigna en el inciso primero que: *Nadie puede ser privado de su libertad*

¹²¹ TP (1957) p. 13, TP (1970) p. 15

¹²² Según dispone el último párrafo del Convenio, los textos auténticos están en inglés y francés. Estos textos, así como sus respectivas traducciones, se encuentran disponibles en:

http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer (extraído el 17 de septiembre de 2013).

sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.¹²³ En el artículo siguiente, sobre el “Derecho a proceso regular”, tras consagrar el principio de presunción de inocencia, se dispone que: *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*.¹²⁴

La Secretaría General de la organización de los Estados Americanos, organizó, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada sobre Derechos humanos, en la cual se sometió a debate un anteproyecto de Convención preparado por la Comisión de Asuntos político-jurídicos y aprobado por la Comisión y convertido así en Proyecto.¹²⁵

En el proyecto, aparece consignado con el artículo 8 el siguiente texto:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

¹²³ Énfasis añadido. El texto completo es el siguiente. Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad. Texto disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf>

¹²⁴ Énfasis añadido. El texto completo reza como sigue: Artículo XXVI. Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas

¹²⁵ Las actas de dicha conferencia se encuentran disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

En la octava sesión de la Comisión I, celebrada 13 de noviembre de 1969, se consigna que fue sometida a debate una propuesta de Colombia, en orden a hacer referencia explícita al derecho internacional, la que no obstante fue rechazada, al estimarse que la expresión “derecho aplicable”, del texto propuesto, incluía tanto derecho nacional como derecho internacional.¹²⁶ En la misma sesión, el delegado de Ecuador propuso incorporar una última parte, referida a la ley posterior más favorable, en los siguientes términos: *Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone una pena más leve el delincuente se beneficiará de ella*, que fue aprobada.¹²⁷ El texto sufrirá algunas modificaciones menores, en cuanto al título, y alguna precisión del texto en inglés,¹²⁸ siendo finalmente aprobado en los siguientes términos:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹²⁶ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, p. 206

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 206 - 207

¹²⁸ Las Delegaciones de Trinidad y Tobago y Estados Unidos hicieron constar su solicitud de que la palabra "delito" apareciera en la traducción al inglés como "serious crime". *Ibidem*, p. 443

CAPÍTULO VII

Sobre el Derecho Penal Internacional

1. Denominaciones y contenido

No existen dudas en atribuir al filósofo inglés Jeremy BENTHAM la autoría de la expresión “derecho internacional”¹²⁹ para designar al conjunto de normas y principios jurídicos que rigen la relación entre los distintos Estados independientes, materia jurídica que antes del nacimiento de esta terminología era conocida bajo el nombre de *ius gentium* o Derecho de Gentes.¹³⁰

¹²⁹ La expresión habría sido utilizada por BENTHAM en su obra *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), obra que no trataba especialmente sobre las relaciones entre las naciones, y que habría sido una innovación lingüística para oponerla a otro vocablo, “interno”. Esta expresión fue utilizada y consolidada por BENTHAM en una obra póstuma, *Principles of international Law*. Recuerda estos antecedentes NUSSBAUM, Arthur, *Historia del Derecho Internacional*. Trad. de Francisco Javier Osset. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Serie C – Grandes Tratados de Derecho Privado y Público, 1949, p. 147 – 148, y nota al pie nº21.

¹³⁰ La expresión *ius gentium* proviene del derecho romano, pero allí tenía un significado completamente diferente al derecho internacional contemporáneo. El derecho romano originario o *ius civile* era sólo aplicable a los ciudadanos romanos. Al crecer Roma, se debieron resolver los diversos conflictos producidos entre extranjeros y romanos, y entre extranjeros entre sí dentro del territorio romano, para lo cual fueron creados hacia el año 240 A.C. los *praetores peregrinus*, los cuales no podían aplicar el derecho romano tradicional, por lo que se vieron forzados a desarrollar “nuevas y más amplias normas jurídicas, en las que se amalgamaban elementos valiosos de la ley romana con los de otras leyes extranjeras – sobre todo griegas – imbuido todo con los principios de la justicia y la equidad”. Con el correr del tiempo, este “nuevo cuerpo de reglas más amplias y libres se fue aplicando a las relaciones y pleitos entre los mismos ciudadanos romanos, hasta convertirse en el *ius gentium* – en contraposición al *ius civile* de antes – cuyo núcleo es lo que consideramos hoy el Derecho romano clásico”. Sin embargo, algunas fuentes romanas todavía conservaron cierta distinción entre el *ius civile* histórico y el *ius gentium*. Particularmente, la primera parte del *corpus iuris*, la *instituta*, comienza con una aseveración del jurista GAYO (Siglo II D.C.), en la que contrasta el *ius civile* con el *ius gentium*. Mientras el *ius civile* es el derecho de cada nación establecido para sí misma, el *ius gentium* era para GAYO una suerte de derecho universal, ya que éste había sido establecido entre todos los hombres por la razón natural y observado por todas las naciones. Esta distinción de GAYO entre *ius civile* y *ius gentium* fue adoptada y cultivada por los autores medievales y post-medievales, reforzándose la idea de un derecho universal (vinculado a la idea de derecho natural). Pero no fue sino hacia fines del siglo XVII cuando la expresión *ius gentium* comenzó a ser utilizada para hacer referencia al Derecho que regula las relaciones entre Estados independientes. NUSSBAUM, Arthur, ob. cit. pp. 15 – 18.

Por contraste, no existe consenso en cuanto a quién habría acuñado la expresión “derecho penal internacional”. Varios autores han atribuido al propio BENTHAM la autoría de esta denominación,¹³¹ a pesar de que la misma habría hecho referencia originalmente a las disposiciones que regulan la aplicación de la ley penal en el espacio, añadiendo otros autores la cooperación jurídica en materia penal o entreayuda judicial y la eficacia de las sentencias penales en el extranjero.¹³² Otros juristas, al parecer con mayor fundamento, indican que fue el penalista alemán BELING quien utilizó por primera vez la voz “derecho penal internacional”,¹³³ designando con ella las disposiciones penales que emanan de la propia comunidad internacional, dirigidas al individuo y cuya aplicación debiera ser realizada por órganos internacionales.¹³⁴

Si bien en la actualidad es cada vez más frecuente el uso de la expresión “derecho penal internacional” con este significado dado por BELING, también se han utilizado y aún se utilizan otras fórmulas para hacer referencia a la materia jurídica que se ocupa de los delitos que emanan directamente de la comunidad internacional, como “derecho

¹³¹ Alicia GIL GIL sostiene que generalmente se sostiene que tanto Von LISZT como KOENIG, atribuyen a BENTHAM la expresión “derecho penal internacional”, sin que haya podido encontrar mayor referencia bibliográfica directa que respalde tales afirmaciones. La misma autora tras revisar varias obras de BENTHAM, concluye que si bien fue el primer autor que utilizó el término *International Law*, no llegó nunca a hablar de *International Criminal Law*. GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit., p.23, en nota al pie nº 1.

¹³² GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit. p. 23.

¹³³ La expresión *Völkerstrafrecht* (derecho penal internacional) fue empleada por primera vez por BELING en la obra *Die strafrechtliche Bedeutung Exterritorialität*, (1896), p. 40 y ss., la cual logró imponerse gracias a JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), p.8 y ss. así como TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrecht seit Nürnberg* (1966), p.21. Así lo afirma WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Jessberger, Florian; Burchards, Wulf; et. Al. colaboradores. DÍAZ PITA, María del Mar, coordinadora; Cárdenas, Claudia et. Al. traductores. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 76 - 77, ver nota 130.

¹³⁴ Aun cuando BELING define de esta manera *Völkerstrafrecht*, lo hace sin embargo para negar la existencia de tal derecho, de acuerdo al estado de desarrollo del derecho internacional en la época, ya que el individuo todavía no había sido reconocido como sujeto de derecho internacional. GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit. p. 24, en nota al pie nº 4.

internacional penal”, “derecho penal supranacional”, “derecho penal supraestatal” o incluso “derecho penal interestático”.¹³⁵

Asumiendo que la denominación que tiende a prevalecer en el ámbito internacional es la de “derecho penal internacional”, especialmente después del establecimiento de la Corte “Penal Internacional”, más que la denominación, el problema parece ser determinar el contenido o ámbito de materias que se incluyen bajo este epígrafe.

Hay autores que, en una concepción amplia u omnicomprensiva, incluyen no sólo la criminalidad internacional, sino además la cooperación judicial internacional, los problemas de la ley penal en el espacio, la extradición y el asilo.¹³⁶ Otros autores, en cambio, entienden que los problemas de la ley penal en el espacio son un asunto

¹³⁵ Para mayor detalle en cuanto al uso de estas distintas denominaciones, ver GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit. p. 23 y ss.; WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p. 96 y ss. Mientras en el ámbito internacional pareciera irse consolidando cada vez más el uso el epígrafe “derecho penal internacional” (*International Criminal Law, le Droit Pénal International, Völkerstrafrecht*), especialmente después del establecimiento de la Corte “Penal Internacional”. En el ordenamiento jurídico español fue frecuente, y aún lo es, la utilización del término “derecho internacional penal”. Así por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto francisco de Vitoria, 1955; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán *Lecciones de Derecho penal*, ob. cit., Vol. I, pp. 115 – 116; recientemente, el término se ha vuelto a utilizar por el Tribunal Supremo en el denominado Caso Scilingo (STS 798/2007, de fecha 1 de octubre de 2007); en este fallo, se utiliza 15 veces la expresión derecho internacional penal y 10 veces el término derecho penal internacional, como sinónimos. Como sostiene BUENO ARUS “en la práctica no siempre se habla con la deseada precisión y ambas denominaciones son utilizadas indiferentemente para aludir a uno u otro de los dos contenidos indicados”; BUENO ARUS, Francisco, DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Sal Terrae, 2003, p. 24.

¹³⁶ Así lo entiende ANDRÉS DOMÍNGUEZ, quien en su libro “Derecho Penal Internacional”, se ocupa tanto de los Tribunales de Núremberg, de Tokio, de Ruanda, de la ex – Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, como también de la aplicación de la ley penal en el espacio, la extradición, el asilo; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *Derecho Penal Internacional*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. También podemos situar en esta posición a BUENO ARUS y DE MIGUEL ZARAGOZA, quienes si bien se ocupan de todo este conjunto amplio de materias, los abordan con mayor diferenciación; BUENO ARUS, Francisco, DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, ob. cit. En esta misma posición es posible inscribir al libro “El Derecho Penal Internacional”, dirigido por BACIGALUPO ZAPATER y publicado por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, que agrupa diversos artículos tan disímiles como el caso Pinochet o los crímenes contra la humanidad, de una parte, y de la otra, la extradición y la pena de muerte en Italia, la supresión o no de la extradición en la Unión Europea, y las nuevas formas de cooperación internacional en materia penal; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Dir. *El derecho penal internacional*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

exclusivo del derecho interno de cada Estado, y que la extradición y la cooperación judicial internacional son normas y principios del derecho internacional público; por lo que reservan la denominación “derecho penal internacional”, para referirse al conjunto de normas y principios que tienen al individuo como destinatario directo de normas internacionales con contenido penal, concibiéndolo como un derecho penal que emana de la propia comunidad internacional y no de la jurisdicción interna.¹³⁷

Esta diversidad de denominaciones y contenidos pudiera parecer a primera vista una discusión meramente académica y no demasiado problemática, en la medida en que, por regla general, cada autor comienza su obra jurídica elaborando un concepto, adoptando una denominación y delimitando el contenido de lo que entenderá por derecho penal internacional. Sin embargo, tras ello se esconde un inconveniente que sólo se ve reflejado en el momento en que cada autor comienza a dilucidar o resolver alguna de las discusiones y problemas jurídicos que se presentan en esta disciplina, entre otros, el principio de legalidad, ya que, indudablemente, en la búsqueda de razones y argumentos para dar respuesta a tales problemas o discusiones, se recurre a los principios y normas que forman parte del sistema jurídico de referencia con el cual se pretende guardar cierta coherencia interna, y por ello, finalmente sí importa el contenido que éste tenga.¹³⁸

¹³⁷ A esta posición adhieren GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit., WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit.; AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino. Bogotá, Temis en colaboración con la Fundación Konrad-Adenauer, 2006; CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, ob. cit., entre otros.

¹³⁸ Piénsese por ejemplo cuando debe interpretarse una norma del Código Civil, inmediatamente hay un reenvío a todo un sistema jurídico, informado por principios, criterios interpretativos, opiniones doctrinarias más o menos consolidadas, etc. Si la misma norma debemos juzgarla bajo los criterios del derecho penal, o del derecho laboral o incluso del derecho administrativo o constitucional, la interpretación de esa norma o la solución del problema jurídico de que se trate, puede ser completamente distinta según sea nuestro universo jurídico de referencia.

Esto es particularmente relevante en el derecho penal internacional, que convive con dos universos jurídicos de referencia, el derecho internacional y el derecho penal, o más bien dicho, un derecho internacional y diversos derechos penales que responden a distintas tradiciones jurídicas, no obstante su progresiva consolidación como disciplina autónoma.

Como se puede advertir, en este trabajo se adopta la denominación derecho penal internacional, entendiendo que el mismo se ocupa de los delitos internacionales y de la responsabilidad penal del individuo ante la comunidad internacional.¹³⁹

2. Concepto y estructura

Si concebimos al derecho penal internacional como un sistema jurídico que regula el delito y los demás presupuestos necesarios para la imposición de una pena a un individuo, pero ya no bajo la potestad sancionatoria de un Estado en particular, sino de la comunidad internacional en su conjunto, necesariamente se produce la convergencia de estos dos órdenes jurídicos, el derecho penal y el internacional.

Con razón entonces se ha señalado que el derecho penal internacional, se ve “afectado por una importante dicotomía en sus premisas doctrinales de base [...] lo que ha dificultado su desarrollo”. Mientras el derecho internacional ha sido tradicionalmente un sistema jurídico construido sobre la base del consenso y la sumisión voluntaria de sus principales sujetos jurídicos, los Estados; el derecho penal supone procesos de toma de

¹³⁹ No obstante, indudablemente existen relaciones entre el derecho penal internacional con materias tales como la extradición, el asilo, y en general la cooperación jurídica internacional, como es por ejemplo la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional; donde estas materias adquieren sus propias particularidades. Pero, lo que parece ser inadecuado es incluir como parte del derecho penal internacional, por ejemplo, un tratado bilateral de extradición, la cooperación jurídica en el marco de la Unión Europea o los problemas de la ley penal en el espacio.

decisión de modo vertical, apoyados sobre medios coercitivos en orden a la aplicación de los mandatos del Sistema.¹⁴⁰

En este mismo sentido se ha señalado que las “circunstancias y características de ambas ramas jurídicas son demasiado diversas y a veces contradictorias” como para permitir una simple yuxtaposición del derecho penal al internacional para que el resultado sea viable.¹⁴¹

Demos cuenta de algunas de las contradicciones que se presentan entre estas premisas de uno y otro derecho.

Para el derecho penal los sujetos jurídicos han sido, tradicionalmente, los individuos, siendo la responsabilidad penal esencialmente individual, en tanto que para el derecho internacional, los sujetos jurídicos principales (y durante mucho tiempo exclusivos) son los Estados, siendo la responsabilidad internacional de carácter colectiva, pues recae sobre el Estado como un todo, sin distinción de poderes u órganos internos. No obstante lo anterior, es posible observar una evolución y una aproximación en ambos órdenes de materias, ya que la doctrina penal desde hace tiempo venía planteando la posibilidad de hacer penalmente responsable a las personas jurídicas, lo que en España es ya una realidad desde el año 2010.¹⁴² Igualmente, aunque en sentido inverso, la persona humana (natural o física) es considerada actualmente como sujeto de derecho internacional, aunque ello está restringido a cierto grupo de materias, tanto en su aspecto activo como titular de derechos (derechos humanos), como en su aspecto

¹⁴⁰ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional*, trad. José L. De La Cuesta Arzamendi. Madrid, Tecnos, 1984, p. 77.

¹⁴¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob.cit. , p. 43.

¹⁴² Al adoptarse la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio de 2010. El 30 de marzo de 2015 se la dictado la Ley Orgánica 1/2015 que vuelve a modificar el Código Penal en esta materia, despejando dudas interpretativas y dándole mayor operatividad.

pasivo, esto es, como sujeto de obligaciones internacionales (responsabilidad penal internacional).

En cuanto a las consecuencias jurídicas ante la eventual infracción de las respectivas disposiciones de uno u otro ordenamiento, debemos notar que, mientras la responsabilidad internacional del Estado se traduce generalmente, aunque no exclusivamente, en la imposición de deberes de reparación, en el derecho penal la consecuencia es esencialmente la privación de la libertad y en ocasiones la privación de parte del patrimonio.

Con respecto a las fuentes formales del derecho y la jerarquía de fuentes de cada ordenamiento, para el derecho penal la fuente exclusiva de delitos y penas es la Ley, en cambio el derecho internacional reconoce como fuentes no sólo a los tratados internacionales, sino además a la costumbre, los principios generales de derecho, y de modo auxiliar a la jurisprudencia y la doctrina.¹⁴³

De este modo uno puede preguntarse ¿cuáles son las fuentes del derecho penal internacional, cuáles han sido históricamente estas fuentes y cuáles debieran ser según la opinión de la doctrina y por qué?

Digamos por ahora que en general penalistas e internacionalistas han dado respuestas distintas, desde su propia disciplina. En palabras de CHERIF BASSIOUNI “los internacionalistas tenderán a analizar el Derecho Penal Internacional en base a las obligaciones asumidas por vía acordada y las prácticas consuetudinarias internacionales de los Estados, en orden al cumplimiento de los mandatos del Derecho Penal

¹⁴³ Según dispone el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, fuentes que han sido consideradas no sólo como derecho aplicable por la Corte, sino como fuentes de todo el derecho internacional en general.

Internacional a través de sus sistemas penales internos. Y de otro lado, los penalistas tratarán de construir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno y se preocuparán de la codificación de las normas penales internacionales y su aplicación a través de un sistema internacional de justicia penal”.¹⁴⁴

Además de las dificultades mencionadas y de otras que podrían añadirse, se ha de notar que quizás uno de los mayores desafíos que presenta el derecho penal internacional (estrechamente vinculado con su sistema de fuentes), sea el relativo al principio de legalidad.

Como hemos visto previamente, el principio de legalidad es una de las piedras angulares del Derecho Penal, a tal punto que se sindicó a FEUERBACH como el padre del derecho penal moderno,¹⁴⁵ precisamente por haber sido él quien elaboró la fórmula latina *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*,¹⁴⁶ o más brevemente *nullum crimen sine lege*.¹⁴⁷ El principio de legalidad, en su configuración formal o política, exige que la ley penal sea expresión de la voluntad general, ya que la violencia estatal, dada su gravedad, necesita estar legítima democráticamente. Pero además y muy especialmente, en su sentido material el principio de legalidad es considerado un límite frente al *ius puniendi*, por cuanto sólo serán delito aquellas conductas u omisiones definidas específicamente en la ley.

Pues bien, en el derecho internacional sucede todo lo contrario. No solamente existe pluralidad de fuentes como se acaba de indicar, sino que además los tratados

¹⁴⁴ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho penal internacional ...*, ob. cit. p.77 – 78.

¹⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, ob. cit., pp. 359 – 360.

¹⁴⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Ritter von, ob. cit., parágrafo 20.

¹⁴⁷ Aun cuando debe advertirse que FEUERBACH no utilizó literalmente la expresión *nullum crimen sine lege* sino las otras tres ya mencionadas. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 105, nota 2.

internacionales (que podrían en lo internacional ser asimilados sin tanto esfuerzo a la ley interna) se encuentran a un mismo nivel jerárquico que la costumbre y, todavía más, en el derecho internacional incluso existe la posibilidad de que un tratado sea anulado por la costumbre internacional, si esa costumbre constituye una norma imperativa de derecho internacional o norma de *ius cogens*.¹⁴⁸ Por último, con frecuencia se afirma que, mucho más que en ningún otro ámbito jurídico, en el derecho internacional la costumbre y los principios juegan un papel preponderante, debido precisamente a la descentralización de la producción normativa.¹⁴⁹

3. Soberanía estatal, poder penal (*ius puniendi*) y sus limitaciones provenientes del derecho internacional

3.1. Antecedentes

La soberanía tradicionalmente se ha manifestado en una doble vertiente, una interna y otra internacional. En el ámbito interno, se traduce en que sólo compete al Estado soberano la dictación de las leyes y todas las normas que regulan la convivencia al interior de su territorio, reclamando para sí el monopolio del uso de la violencia legítima.¹⁵⁰ De ahí entonces es que, lógicamente, BINDING haya circunscrito el *ius puniendi* al ámbito de decisión de cada Estado nacional.¹⁵¹

¹⁴⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Derecho Internacional Público, Parte General*. Madrid, Editorial Trotta, 4ª ed., 2005, pp. 434 – 439.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 247 y ss.

¹⁵⁰ El *ius puniendi* puede ser concebido como expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima, de modo tal que la violencia penal no es sino un aspecto de aquella. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, ob. cit., p.259

¹⁵¹ AMBOS, Kai, “Los Fundamentos del *ius puniendi* Nacional; en particular, su aplicación entraterritorial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo – agosto de 2007, p. 268

En el ámbito internacional, implica el reconocimiento de la igualdad entre todos los Estados soberanos,¹⁵² y el reconocimiento de uno de los primeros pilares del derecho internacional, el principio de no intervención o no injerencia,¹⁵³ de modo tal que la única forma de vinculación entre sí es el consentimiento, ya sea expreso (mediante la suscripción de tratados internacionales) o tácito (mediante la costumbre internacional).¹⁵⁴

Este esquema claro y sencillo de la idea de soberanía, hace crisis en la primera mitad del siglo XX. En 1933, en una sesión del Consejo de la Liga de las Naciones, en la que se atendía la queja de un judío en contra de Alemania, Goebbels afirmó: “Somos un Estado soberano y lo que ha dicho este individuo no nos concierne. Hacemos lo que queremos de nuestros socialistas, de nuestros pacifistas, de nuestros judíos y no tenemos que soportar control alguno ni de la Humanidad ni de la Sociedad de las Naciones”.¹⁵⁵

Tras la segunda guerra mundial el concepto de soberanía comenzó a evolucionar, tanto en su dimensión interna como internacional.

3.2. Las auto-restricciones de la soberanía y del poder penal

Uno de los más tradicionales atributos de la soberanía, el derecho de hacer la guerra (*ius ad bellum*) fue severamente restringido por los Estados al firmar y ratificar la Carta de Naciones Unidas,¹⁵⁶ delegando en el Consejo de Seguridad la exclusividad de las

¹⁵² CASSESE, Antonio, *International Law*. New York, Oxford University Press, second edition, 2005, p. 48 y ss.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 53 y ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después*. Madrid, Trotta, 1999, p. 13

¹⁵⁶ Art. 2.4 en relación con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco.

acciones bélicas activas contra los quebrantamientos de la paz. “Tal concesión representó, sin duda, el más significativo debilitamiento del poder soberano estatal.”¹⁵⁷

En materia de derechos humanos, los Estados han suscrito una serie de tratados internacionales,¹⁵⁸ aceptando que distintos organismos de Naciones Unidas supervisen el cumplimiento de las obligaciones internacionales que en ellos han contraído.¹⁵⁹ En el ámbito regional se ha ido incluso más lejos al crear tribunales internacionales encargados de recibir denuncias y enjuiciar la conducta del Estado, quienes han aceptado que puedan ser eventualmente condenados a reparar los perjuicios causados a una víctima de violación a los derechos humanos.¹⁶⁰

Este proceso también se ha producido en el ámbito penal estatal en un doble sentido; en términos de límites al ejercicio del *ius puniendi* y en términos de su ejercicio en una dirección determinada.

En cuanto a los límites, los Estados no sólo han consagrado el principio de legalidad¹⁶¹ en sus ordenamientos internos,¹⁶² sino que además se han comprometido

¹⁵⁷ FERNANDES, Jean Marcel, *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires. Biblioteca Iberoamericana de Derecho (BIDE) (editoriales Temis, Ubijus, Reus, Zavalía), 2008, p. 175

¹⁵⁸ Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y sus respectivos protocolos adicionales.

¹⁵⁹ Para lo cual deben presentar informes periódicos y enviar representantes calificados a una sesión de evaluación de dicho informe por un grupo de expertos que conforman el respectivo Comité, en los términos indicados en cada uno de estos tratados.

¹⁶⁰ Como es sabido, son tribunales de esta naturaleza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la recientemente creada Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁶¹ El más clásico y característico límite al ejercicio de *ius puniendi*. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legalidad Penal y Reserva de Ley ...”, ob. cit., pp. 100 – 101.

¹⁶² Códigos penales y Constituciones Políticas.

internacionalmente a respetar este principio, mediante tratados y convenciones,¹⁶³ aceptando además las respectivas supervisiones, juicios y eventuales sanciones en el evento de no cumplir internamente con las exigencias del mismo. Asimismo, con respecto a la pena que los Estados pueden imponer a sus ciudadanos, igualmente han restringido el abanico de sanciones posibles a aquellas que no constituyan un trato cruel, inhumano o degradante y, desde luego, que no puedan ser calificadas como un acto de Tortura.¹⁶⁴

Sobre el ejercicio del *ius puniendi* en una determinada dirección, los Estados se han auto-obligado a establecer ciertos delitos, a investigarlos y sancionar a quienes sean hallados responsables, la mayoría de los cuales constituyen a su vez las violaciones más graves a los derechos humanos.¹⁶⁵ Es el caso del genocidio¹⁶⁶ y los crímenes de guerra,¹⁶⁷ pero también de la esclavitud,¹⁶⁸ el apartheid,¹⁶⁹ la tortura,¹⁷⁰ la desaparición

¹⁶³ La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 recogió el principio de legalidad en el artículo 7, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 15, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en el artículo 9, y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 en el artículo 7.2.

¹⁶⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Sin lugar a dudas hay muchos otros instrumentos internacionales que podrían citarse, pero he preferido centrarme en los que parecen ser directamente pertinentes. Mucho podría decirse, por ejemplo, sobre la responsabilidad penal de los menores de edad o de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre muchos otros.

¹⁶⁵ Si bien hay otros ámbitos en los cuales los Estados han contraído estas mismas obligaciones, como el tráfico de drogas, el terrorismo y en general el crimen organizado, no pertenecen propiamente al campo del derecho penal internacional, entendido éste como la disciplina que aborda los denominados core crimes, que son el crimen de agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

¹⁶⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, art. V.

¹⁶⁷ Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, artículos comunes 49/50/129/146

¹⁶⁸ Convención sobre la Esclavitud de 1926, artículos 2, 3 y 6; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, art. 3.

¹⁶⁹ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 30 de noviembre de 1973, art. IV

¹⁷⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, art. 4

forzada de personas,¹⁷¹ todos estos últimos constitutivos (verificados los demás requisitos) de crímenes contra la humanidad.¹⁷² Adicionalmente, en varias de las convenciones que establecen estos delitos se prevé la posibilidad de ejercer su jurisdicción penal extraterritorialmente.¹⁷³

En esta evolución,¹⁷⁴ el paso más significativo probablemente lo han dado los Estados al crear la Corte Penal Internacional, aceptando, mediante el principio de complementariedad, que cuando un Estado no pueda o las autoridades pertinentes no quieran, investigar, enjuiciar y sancionar aquellos delitos que son competencia de la Corte,¹⁷⁵ sea ella misma la que, subsidiaria o complementariamente, lleve a cabo tales tareas punitivas.¹⁷⁶

¹⁷¹ Sólo en el ámbito regional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, art. III

¹⁷² Como es sabido, no existe una convención internacional sobre los crímenes contra la humanidad, estando gobernados por el derecho internacional consuetudinario. KLEFFNER, Jann, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 18 – 19. No obstante, y como hemos hecho notar, varios de los delitos de base sobre los cuales se construyen los crímenes contra la humanidad han sido objeto de convenciones internacionales por separado. Ahora bien, es importante señalar que estos delitos de base son perseguibles por las jurisdicciones internas (en los términos que cada tratado establece) con independencia de si ellos han sido cometidos como parte de un ataque generalizado, sistemático o como parte de una política de Estado o de gobierno, esto es, con independencia de si han superado umbral a partir del cual se convierten en crímenes contra la humanidad. Ibidem, p. 20. Sobre este punto es interesante notar que la Convención contra el Apartheid menciona expresamente que este delito constituye un crimen contra la humanidad (art. I) y que quienes cometan las conductas allí descritas se considerarán “responsables en el plano internacional” (art. III).

¹⁷³ Crímenes de guerra (arts. 49/50/129/146); Apartheid (arts. 4.b y 5); Tortura (arts.5 y 7); Desaparición Forzada (art. 4).

¹⁷⁴ Lo que hemos presentado aquí es una evolución de cómo los Estados se han ido auto-limitando a favor del derecho penal internacional. Una evolución semejante, aunque tal vez de otro carácter y más intensa, es posible apreciarla en el derecho penal de la Unión Europea. Sobre este tema, ver MESTRE DELGADO, Esteban, “El Derecho Penal de la Unión Europea”, *Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, Iñaki Dendaluz y Enrique Echeburúa, Donostia – San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 575 – 584

¹⁷⁵ Llamados a veces crímenes nucleares, AMBOS, KAI, “Crímenes nucleares de derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana: a la vez, comentario de GBA JZ 2005, 311 y OLG, NStZ 2006, 117”. *Revista Penal*, N° 19, 2007, pp. 21-34; crímenes fundamentales o core crimes, WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit., p. 77; o crímenes de primer grado, OLLÉ SESÉ, Manuel. “El Principio de legalidad en el Derecho penal internacional: Su aplicación por los tribunales domésticos”. GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita,

3.3. La evolución de la soberanía en el plano internacional

Si nos aproximamos ahora desde el derecho internacional, es posible apreciar cómo se ha ido paulatinamente modificando el viejo paradigma en base al cual sólo la voluntad del Estado, expresa o tácita, podía obligarlo internacionalmente.¹⁷⁷

A los tratados internacionales clásicos o de naturaleza contractual, suscritos únicamente en interés exclusivo de cada uno de los Estados parte en el cual se establecen obligaciones recíprocas entre ellos,¹⁷⁸ se suman ahora otros de muy diverso carácter, como los “tratados sobre *status*”,¹⁷⁹ los “tratados normativos generales” o *traités-lois*,¹⁸⁰ que eran regímenes generales,¹⁸¹ establecidos ahora en beneficio de un interés común, los cuales puede incluso llegar a ser vinculante para quienes no han sido parte en estas convenciones si las mismas se convierten en derecho internacional consuetudinario.¹⁸²

coordinadores. *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, Edisofer, 2008 Tomo I, p. 561.

¹⁷⁶ Arts. 17 a 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁷⁷ PETERS, Anne, “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales” en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano J, GUTIÉRREZ, Ignacio, editores, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 220 y ss.

¹⁷⁸ KOSSKENNIEMI, Martti, *Sources Of International Law*, Aldershot, Burlington, Singapore, Sydney, Dartmouth Publishing, 2000, p. 29

¹⁷⁹ PETERS, Anne, ob. cit., p. 222

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 223

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 224

¹⁸² Según lo dispuesto en el art. 38 de conformidad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este artículo fue en su momento objeto de controversias. Sobre el particular Cfr. KOSSKENNIEMI, Martti, ob. cit., pp. 317 y ss. Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que una regla, aun cuando haya sido convencional o contractual en su origen se puede transformar en corpus general del derecho internacional y ser ahora aceptada por la *opinio iuris* como vinculante incluso para países que no fueron ni han sido parte en la convención (*North Sea Continental Shelf*, 1969, I.C.J 3, 41, Judgment of Feb. 20), *ibidem*, p. 319. Agrega el mismo autor que la gran mayoría de las reglas que hoy día llamamos derecho consuetudinario han tenido su origen en disposiciones contenidas en tratados internacionales. Con respecto a los derechos humanos en particular, el derecho de los tratados es hoy día el mayor repositorio de las reglas de derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos. El ejemplo más prominente es probablemente la prohibición de la esclavitud, posteriormente el genocidio y más recientemente la prohibición de la tortura. *Ibidem* p. 324. Aclara también que la costumbre general es completamente distinta de una costumbre especial, y el requerimiento riguroso de prueba de esta última (como lo demuestra la *opinio iuris*) no debe ser de

En muchos de estos tratados, se asumen hoy en día obligaciones ya no frente uno o más Estados en particular, sino frente a la comunidad internacional en su conjunto, denominadas obligaciones *Erga Omnes*,¹⁸³ las cuales forman parte del derecho internacional general con un carácter universal o cuasi universal, tales como la prohibición del genocidio, de los actos de agresión, la protección a los derechos humanos, contra la esclavitud y la discriminación racial.¹⁸⁴

Junto con ello es indiscutida en la actualidad la existencia de normas internacionales imperativas o de *ius cogens*, en virtud de las cuales un tratado internacional contrario a ellas es completamente nulo.¹⁸⁵ Estas normas imperativas no dicen relación con intereses estatales sino con valores de la comunidad internacional en su conjunto y específicamente orientados hacia la protección de individuos y de grupos de personas.¹⁸⁶

ninguna manera confundida con la prueba de la primera. *Ibidem*, p. 323. En este mismo sentido, ver también MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, ob. cit., 2005, p. 442. Específicamente en el ámbito del derecho penal internacional, ver OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 562, y GIL GIL, ALICIA, *Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 84

¹⁸³ Su reconocimiento se remonta al caso *Barcelona Traction* de 1970, en el cual la Corte Internacional de Justicia sostuvo: “Debe trazarse una distinción esencial entre la obligación de un Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto, y la que lo vincula vis à vis con otro Estado [...] Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Atendiendo a la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés legítimo en su garantía; se trata de obligaciones *erga omnes*”. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, párr. 33.

¹⁸⁴ *Ibidem*, párr. 34. Asimismo y más recientemente, en el caso *La Grand* la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de junio de 2001, interpretó una prescripción de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 “como protectora de derechos individuales, por más que en el tiempo de la adopción del Convenio hubiera sido ciertamente comprendida sólo como obligación de los Estados signatarios en sus relaciones recíprocas” FASSBENDER, Bardo, ob. cit., pp. 157 – 158 (NOTA: La sentencia es de Junio de 2001).

¹⁸⁵ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53 (*ius cogens* existente) y art. 64 (*ius cogens* emergente). Ver, MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, ob. cit., pp. 434 – 439; para la evolución histórica del *ius cogens*, CASSESE, Antonio, *International Law*, ob. cit., p. 198 y ss.

¹⁸⁶ La Convención de Viena no especifica el contenido de las normas de *ius cogens*, pero existe consenso en al menos las siguientes: La prohibición del uso de la fuerza de la Carta de Naciones Unidas (art. 2º n°4), los derechos humanos fundamentales (en especial el derecho a la vida y la protección contra la tortura y los tratos degradantes) y las reglas de derecho internacional humanitario que prohíben represalias contra personas protegidas. Asimismo, y aun cuando no existe consenso hay una amplia

Concluuyamos esta evolución (de la cual sólo hemos destacado brevemente algunos hitos relevantes) señalando que, sin embargo, el clásico principio de no injerencia continúa estando vigente, tanto en una dimensión *horizontal* (entre los Estados) como *vertical* (con respecto a Naciones Unidas), ¹⁸⁷ sólo que ahora ya no tiene una preeminencia absoluta,¹⁸⁸ detrás de lo cual probablemente está la “convicción de que a los Estados no les corresponde un derecho de dominio – similar a sistemas absolutistas – sobre sus ciudadanos, en virtud de cual pudieran, conforme a su soberanía territorial, proceder a su arbitrio con los súbditos”.¹⁸⁹

3.4. La tensión entre los viejos y los nuevos paradigmas

Los Estados han sido en general muy entusiastas a la hora de ratificar tratados internacionales, obligándose a restringir y direccionar su *ius puniendi*, soportar supervisiones y juicios de organismos internacionales creados por ellos mismos, así como a contribuir al desarrollo del derecho internacional que crecientemente restringe su soberanía, también en el ámbito internacional. No obstante, a la hora de cumplir con

mayoría que incluye además el derecho a la autodeterminación de los pueblos y la prohibición del genocidio y la esclavitud. El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, por su parte, ha identificado en varias ocasiones la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*, por ejemplo en el caso Furundzija de 1º de diciembre de 1998. FASSBENDER, Bardo, “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional”, en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano J, GUTIÉRREZ, Ignacio, editores, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 138 – 139. En cuanto al carácter de *ius cogens* del genocidio, KLEFFNER, Jann, ob. cit., p. 18. en cuanto al carácter de normas de *ius cogens* de todos los core crimes, GIL GIL, Alicia, ob. cit. p. 89. OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 575. En un sentido similar ver también BLANC ALTEMIR, Antonio, *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 83 – 84.

¹⁸⁷ Arts. 2.1 y 2.7 respectivamente. Sobre el punto, ver AMBOS, Kai, “Los Fundamentos del *ius puniendi* Nacional, ob. cit., pp. 268 – 269

¹⁸⁸ ESER, Albin, *Hacia un Derecho Penal Mundial*, Granada, Comares, 2009, p. 21. Puntualiza el autor que El principio de no injerencia “como cualquier otra proposición jurídica, también esta rige sólo bajo el presupuesto interno de que no se aplique en un sentido internamente contradictorio o para fines evidente y objetivamente abusivos”. Citando a LARENZ/CANARIS *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995 pp. 210 y ss. Además de que, agrega, el propio art. 2.7 de la Carta prevé una de sus limitaciones y de que éste “es uno sólo entre varios” otros principios.

¹⁸⁹ Ibidem, p.22

tales compromisos, el entusiasmo disminuye, llegando en ocasiones a convertirse en reticencia, incredulidad e incluso abierto rechazo, pretendiendo revivir un concepto de soberanía absoluto o cuasi-absoluto, propio de otra época.¹⁹⁰

Si bien es cierto que la mayoría de los problemas que se presentan son de carácter fáctico-político y no de carácter normativo,¹⁹¹ con frecuencia se producen no pocas dificultades y razonables dudas jurídicas a la hora de ejercer la jurisdicción nacional sobre los *core crimes*. Además, en el último tiempo han surgido también cuestionamientos desde la propia doctrina en términos de justificación, en orden a cuál podría ser el fin de la pena en el ámbito internacional,¹⁹² y si el juicio penal es el mejor mecanismo para alcanzar la verdad, la reparación a las víctimas, la paz social, planteando un conflicto de valores o principios entre “justicia” y “paz”,¹⁹³ que recuerda la dicotomía planteada por WEBER entre la ética de la convicción frente a la ética de la responsabilidad (*gesinnungsethisch oder verantwortungsethisch*).¹⁹⁴

¹⁹⁰ Ejemplo de ello hay de sobra, vinculados fundamentalmente con el ejercicio del principios de jurisdicción extraterritorial, como el de universalidad. El caso más emblemático probablemente haya sido el caso Pinochet. Ver REMIRO BROTONS, ANTONIO, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*. Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1999.

¹⁹¹ ESER, Albin, ob. cit., p. 22, AMBOS Kai, *Temas de derecho penal internacional y europeo : derechos humanos, fines de la pena, "ius puniendi", responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 21

¹⁹² EIROA, Pablo D., *Políticas del Castigo y Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009, sostiene que la sanción penal internacional debe recaer sobre el condenado “no para castigarlo ejemplarmente, estigmatizarlo y, finalmente, reeducarlo, puesto que ella no asume ninguna connotación moralista. Por el contrario se encamina a proteger a los condenados contra reacciones violentas que pongan en ejercicio sus derechos humanos, por lo que sólo en este sentido se le podría definir como preventiva.” Y por ello la finalidad es la reinserción tras la condena, que “sean readmitidos en la sociedad, incluso en el caso de que, tras la ejecución de la condena, siguieran estando convencidos de haber actuado de modo justo o justificado”. P. 230

¹⁹³ Ibidem, pp. 391 - 392

¹⁹⁴ WEBER, Max, *El Político y el Científico*, Madrid, Alianza Editorial, trad. Francisco Rubio Llorente, sexta reimpresión, 2004, p. 164 y ss. Este tema se inserta en el debate un poco más amplio sobre Justicia Transicional, para cuya ilustración se puede consultar a TEITEL, Ruti, “Genealogía de la Justicia Transicional”, *Justicia Transicional, Manual para América Latina*, Feliz REÁTEGUI, editor, Brasília, New York, ICTJ – PNUD, 2011, pp. 135 – 171

3.5. La conceptualización de un *ius puniendi* internacional

La mayor parte de estos problemas, dudas y cuestionamientos se resuelven si se acepta que los *core crimes* no emanan de la soberanía o del *ius puniendi* de un Estado determinado, sino de la propia comunidad internacional, la cual posee el *ius puniendi originario*,¹⁹⁵ de modo tal que “las jurisdicciones penales nacionales actúan como órganos de la comunidad internacional”.¹⁹⁶ Concordantemente, la afirmación de que estos delitos están sometidos “a la soberanía única y exclusiva de un Estado individual (sobre todo, del Estado del lugar de comisión), supone, a su vez, la arrogación ilegítima de competencias genuinamente supranacionales”,¹⁹⁷ ya que en este ámbito existe una “punibilidad autónoma del derecho internacional (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional)”.¹⁹⁸

Si esto es así entonces legítimamente uno puede preguntarse: ¿Se aplica el principio de legalidad al derecho penal internacional? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿existen o debieran existir diferencias con el principio de legalidad establecido para el derecho penal interno? ¿por qué sí o por qué no? Trataremos de dar respuesta a estas preguntas en el desarrollo de este trabajo.

Por ahora, anticipemos que estas preguntas se formularon desde incluso antes del juicio de Núremberg, cuando se hacían los primeros esfuerzos en torno a la creación de una justicia penal de vocación mundial, y si bien ha experimentado una importante

¹⁹⁵ AMBOS, Kai, “Los Fundamentos del *ius puniendi* Nacional, ob. cit., p. 290

¹⁹⁶ KLEFFNER, Jann K., ob. cit., p. 26. En este mismo sentido ESER, Albin, ob. cit., p. 18

¹⁹⁷ ESER, Albin, ob. cit., pp. 19 – 20

¹⁹⁸ AMBOS, Kai, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, ob. cit., p. 20

evolución, hasta nuestros días este tema sigue estando en el centro del debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como veremos enseguida.

CAPÍTULO VIII

La evolución del derecho penal internacional, desde la perspectiva del principio de legalidad

1. Planteamiento

Si bien suelen citarse precedentes anteriores a la Segunda Guerra Mundial, no es sino hasta el establecimiento de los Tribunales de Núremberg y Tokio en que puede cifrarse el surgimiento del derecho penal internacional, ya que fue sólo entonces cuando se sancionó por primera vez directamente al individuo atribuyéndole responsabilidad penal ante la comunidad internacional.

Desde el establecimiento de estos tribunales hasta nuestros días, se han sucedido una serie de convenciones internacionales que han establecido nuevos delitos y precisado los ya existentes, se han creado otros tribunales internacionales, y han tenido lugar además una serie de juicios nacionales por delitos internacionales basados tanto en los tradicionales principios de jurisdicción como en la aplicación del principio de jurisdicción universal, constituyendo la creación de la Corte Penal Internacional un paso decisivo hacia la consolidación del derecho penal internacional.

A continuación daremos cuenta brevemente de esta evolución, con especial atención de si se ha hecho o no aplicación del principio de legalidad, y en qué medida, cuando así ha sido.

2. Antecedentes previos al Tribunal de Núremberg

La idea de “un derecho penal con aplicabilidad universal se puede seguir a lo largo de la historia de la humanidad, pero no es sino hasta el siglo XX cuando se comienza a dar forma jurídica a tales reflexiones.”¹⁹⁹

El Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919, puso fin a lo que entonces se conoció como la “Gran Guerra”, y más tarde, Primera Guerra Mundial. En el artículo 227 del tratado las potencias aliadas y asociadas acusaban públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, Kaiser de Alemania, de “ofensa suprema contra la moralidad y la santidad de los tratados”, previendo el establecimiento de un tribunal penal internacional para su juzgamiento. En el artículo siguiente se establecía además la facultad de los aliados para enjuiciar ante sus propios tribunales militares a los acusados

¹⁹⁹ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p. 43. Sin embargo, se citan todavía precedentes más antiguos de enjuiciamiento de carácter penal internacional, como el proceso contra Sir Pedro de Hagenbach, en 1474, ante un Tribunal compuesto por jueces delegados de diversas naciones. Recuerda estos antecedentes JIMÉNEZ DE ASÚA, citando a G. SCHWARZENBERGER. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1242, nota 16. En cuanto a los autores, también existen elaboraciones doctrinarias previas, como las ideas de Emerico de VATTEL (1714 – 1767), quien con respecto a la *guerra injusta* aseguraba que el Soberano debía reparar el daño hecho y debía “incluso someterse a castigo si fuera necesario como ejemplo, o como seguridad para la parte perjudicada o para la sociedad humana”. Además VATTEL señalaba respecto de este Soberano: “Es culpable respecto a su enemigo al que ataca, oprime y somete a matanzas, sin motivo y causa; es culpable para con su pueblo, al que lleva a realizar actos injustos, y al que expone al peligro sin necesidad o razón; para con aquellos súbditos suyos que se ven oprimidos y afligidos por la guerra, y que pierden su vida, sus propiedades o su salud por causa de ella; en fin, es culpable para con la humanidad, cuya tranquilidad perturba y a la que da tan pernicioso ejemplo”. No obstante, estas expresiones de VATTEL han sido calificadas más bien como frases retóricas que realmente una propuesta doctrinaria sobre un juicio efectivo al Soberano ya que, en cuanto a la responsabilidad, el Soberano más bien tendría que “rendir cuentas al Rey de Reyes, al padre común de los hombres”. Recuerda estos antecedentes, NUSSBAUM, Arthur, ob. cit. p.173. Más tarde, y ya con claras miras al establecimiento de una auténtica “legalidad” penal internacional, es posible hacer referencia al francés G. de GREGORY como el primer proyectista de un “Código Penal Universal”. Tal fue el nombre por él otorgado a la centena de preceptos publicados en 1832, que consistía más bien en una sistematización de las normas vigentes en media docena de países sobre la materia. Otros precedentes de codificación, son los trabajos de Von BETZ en 1866, Von LITZ en 1899, HARBURGER en 1900, GERÓFALO en 1905 quien elaboró las «Máximas para la formación de un Código Penal Internacional», y DESLINIERS en 1908 quien publicó el *Projet de Code socialiste*. A todos estos proyectos deben agregarse una serie de otros trabajos menores, referidos a materias casi puramente procesales. Los precedentes citados y algunos más que pudieran añadirse, constituyeron los primeros esfuerzos destinados a superar los límites entonces insalvables de lo netamente nacional. Recuerdan estos antecedentes, QUINTANI RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., pp. 110-111 y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1153.

de haber cometido “actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra”. De conformidad al artículo 229, estos tribunales militares serían de composición internacional para el caso de delitos cometidos en contra de ciudadanos de distintos Estados. Con el objeto de posibilitar estos juicios, el tratado obligaba al Gobierno alemán a extraditar a los criminales de guerra y a prestar asistencia judicial.²⁰⁰ Veamos por separado estas dos iniciativas.

En cuanto a la idea de juzgar al Kaiser, generalmente se afirma que el tribunal no llegó a constituirse porque los Países Bajos, donde éste se había refugiado, se negaron a extraditarlo a los aliados. Siendo ello verdad, lo interesante para el principio de legalidad está en las razones de esta negativa. En primer término, la acusación que expresamente recogía el Tratado de Versalles era la “ofensa suprema contra la moralidad y la santidad de los tratados”, esto es, no se imputaba abiertamente un delito. En caso de haberse estimado que la santidad y moralidad de los tratados pudiera ser un delito, no se habría cumplido tampoco con el principio de doble incriminación. En su nota diplomática de respuesta, el gobierno de los Países Bajos declaró: “Si en el futuro la Liga de las Naciones estableciera una jurisdicción internacional, que estuviera facultada, en caso de una guerra, para administrar justicia sobre los hechos previamente caracterizados y sancionados como crímenes en un Estatuto, entonces Holanda se unirá a este nuevo orden de cosas”.²⁰¹

²⁰⁰ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. pp. 44 – 45.

²⁰¹ Ibídem, p. 46, en nota al pie nº 46. Otros motivos del rechazo a la extradición serían, según se ha sostenido también, que el Gobierno de los Países Bajos percibió que incluso los propios aliados estaban divididos en cuanto al cumplimiento de esta parte del Tratado de Versalles, además del hecho que sólo existían garantías informales en cuanto a que los aliados no ejercerían coacción sobre la persona del Kaiser. Así lo afirma NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil On Trial*. New Haven – London, Yale University Press, 1996, p. 4.

Con respecto a los militares acusados de haber cometido “actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra”, Alemania se opuso tenazmente a extraditar a las personas identificadas.²⁰² Los Aliados aceptaron finalmente una propuesta de Alemania de someterlos a juicio ante el Tribunal Supremo de dicho país, situado entonces en Leipzig, por lo que estos casos son conocidos como “los juicios de Leipzig”. De los 907 procesos abiertos en base a las listas de extradición de los aliados, se abrieron además otros 837 a iniciativa del propio Tribunal Supremo del Reich. Sin embargo, sólo 13 casos llegaron a juicio oral, y de ellos sólo 6 terminaron en condena. Ninguno de los condenados cumplió la pena en su totalidad.²⁰³ Francia y Bélgica declararon que los juicios de Leipzig eran inválidos de conformidad al Tratados de Versalles.²⁰⁴

Los Juicios del Leipzig son un verdadero ejemplo de un juicio simulado,²⁰⁵ quedando en evidencia que es muy difícil que un Estado juzgue verdaderamente a sus propios ciudadanos por ilícitos internacionales. Asimismo, se planteó aquí por primera vez el problema de la obediencia debida o deber de cumplimiento de órdenes del superior. Como señalara más tarde QUINTANO RIPOLLÉS, “la excusa justificativa de la obediencia debida, daría al traste con los mejores propósitos judiciales, como ocurrió en ocasión de la primera postguerra con los juicios del Alto Tribunal de Leipzig”, ya que en aquel entonces y siempre que “se deje abierta la válvula de escape de la obediencia legal o jerárquica, la responsabilidad quedará diluida por el encadenamiento de órdenes y jerarquías, hasta llegar a la suprema del Jefe del Estado, a su vez protegido

²⁰² WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p. 46.

²⁰³ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁴ NINO, Carlos Santiago, ob. cit. pp. 4 – 5.

²⁰⁵ Concepto que será retomado más tarde por la Corte Penal Internacional.

tradicionalmente por la excusa de su inviolabilidad, lo que valdría tanto como negar el derecho internacional penal”.²⁰⁶

El intento fallido por juzgar al Kaiser y los juicios de Leipzig revelaron la carencia de instrumentos jurídicos idóneos para el establecimiento concreto y efectivo de una justicia penal internacional. Seguramente por ello, la doctrina intentó colmar este vacío proponiendo la adopción de un código y de un tribunal penal internacional.

En 1925 dos profesores europeos, considerados hoy los padres del derecho penal internacional propiamente dicho, el español QUINTILIANO SALDAÑA y el rumano VESPACIANO V. PELLA, cada uno por separado, elaboraron proyectos de códigos penales internacionales. El primero lo hizo en el curso que aquel año impartiera en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y el segundo, como ponencia ante la Comisión Jurídica de la Unión Interparlamentaria, recomendada por la XXIII Conferencia de Washington.²⁰⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, comentando estos proyectos señala que a diferencia de otros proyectos, “en los de Saldaña y Pella se concibe la ley penal, el delito y la sanción, en un plano de posible realidad supraestatal, como correspondía al nuevo orden iniciado en la Sociedad de las Naciones, con dispositivos reguladores y la presunción de un organismo jurisdiccional supremo. Asimismo introducía el doble principio de la responsabilidad estatal e individual.”²⁰⁸ Sin embargo, ninguno de estos proyectos llegó a ser adoptado por la Liga de las Naciones.

Otra iniciativa para el establecimiento de un Tribunal penal internacional, fue también producto de “[l]a emoción causada por los atropellos cometidos durante la gran guerra

²⁰⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 180.

²⁰⁷ Ibidem, p. 111.

²⁰⁸ Ídem.

de 1914 – 1918, que inspiró al Barón Decamps la idea de proponer, en 1920, al Comité de Juristas encargado de elaborar un anteproyecto del Estatuto del Tribunal permanente de justicia internacional, la creación de una *Haute Court internationale de justice criminelle*, para juzgar todos los crímenes contra el orden público internacional y el Derecho de gentes”. Sin embargo, estos esfuerzos no tuvieron consecuencias prácticas, pues, la idea en el seno de la Sociedad de las Naciones pareció prematura e inoportuna.²⁰⁹

Una iniciativa posterior y de mayor trascendencia práctica, la encontramos también en la Sociedad de las Naciones, en cuyo seno se impuso un acuerdo de unificación ciertamente relevante, el de la regulación del terrorismo, motivado episódicamente por el atentado de que fueron víctimas el Rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia Luis Barthou, en Marsella el 9 de octubre de 1934. El Consejo encomendó a un Comité Especial la elaboración de un “Anteproyecto de Convenio contra los Crímenes Terroristas”. El Comité presentó sus trabajos a consideración el 1º de noviembre de 1937 en Ginebra, destacando las ponencias del profesor VESPACIANO V. PELLA y la presidencia de Cartón De WIARRT.²¹⁰ El Convenio propuesto por el Comité, contemplaba la creación de una Corte Penal Internacional, a la que se confería competencia para juzgar a los individuos acusados de cometer actos terroristas. El tribunal fue establecido con carácter permanente, con sede en La Haya, aunque no debería reunirse más que cuando fuera solicitado para un proceso de su competencia. Se establecía un sistema acusatorio, con audiencias públicas y deliberaciones secretas, adoptándose el fallo por la mayoría de votos, siendo la ley de fondo aplicable la menos rigurosa, debiendo tomar en consideración la ley del país que

²⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., pp. 1134 – 1135.

²¹⁰ Ibidem, pp. 1142 – 1143.

ha solicitado la intervención del Tribunal.²¹¹ El Convenio fue aprobado, aunque no ratificado, por veinticuatro países, quedando sin efecto por causa de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente paralización y fin de la Sociedad de las Naciones.²¹²

Pero, no todo en este período fueron intentos frustrados. Mencionemos que, conscientes de las deficiencias de la Liga de las Naciones y anticipándose a una nueva guerra de proporciones, Estados Unidos y Francia celebraron en 1928 un tratado bilateral prohibiendo la guerra entre ellos, conocido como el Pacto BRIAND-KELLOGG, que quedó abierto a la firma de terceros Estados, al cual se sumó la mayoría de ellos, incluida Alemania, llegando a ser un pacto de aplicación prácticamente general. No obstante, el Pacto fue incapaz de evitar la guerra.²¹³

Un año más tarde, en el ámbito humanitario, bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, fueron suscritas las convenciones de Ginebra de 1929, que ampliaron la protección humanitaria durante la guerra, cubriendo ahora no sólo a los heridos sino también a los prisioneros de guerra.

Para concluir este apartado, cabe recordar que en esta época, en general la persona humana (natural o física) no era concebida todavía como titular de derechos internacionales, sino únicamente como sujeto de protección, en atención a su pertenencia a una determinada minoría o grupos de personas vulnerables, no alterándose la estructura interestatal del orden internacional.²¹⁴ En palabras de Nicolás POLITIS:

²¹¹ Ibidem, p. 1144.

²¹² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 118.

²¹³ CASSESE, Antonio, *International Law*, ob. cit., pp. 37 – 38.

²¹⁴ Dentro de estas regulaciones destacan la protección de minorías nacionales inspirada en el principio de *no discriminación*; la prohibición de la esclavitud en la Convención de Saint-Germain-en-Layne y la Convención de Ginebra de 1926 relativa a la supresión de la esclavitud y la trata de esclavos; las Convenciones de 1933 y de 1938 sobre el estatuto internacional de los refugiados, entre otras. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, ob. cit., pp. 31 a 33.

“El Estado soberano era para sus súbditos una Jaula de Hierro, desde la que aquellos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes”.²¹⁵

3. El Tribunal de Núremberg

3.1. Implementación

Durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, los aliados anticiparon su deseo de castigar a los culpables de los crímenes de guerra y de las demás atrocidades cometidas. Famosa es la *Declaración de las Naciones Aliadas de 13 de enero de 1942*, firmada en el palacio de St. Jame's, Londres, que señaló: “Las Naciones Aliadas han clasificado entre sus principales fines de guerra el castigo, por medio de la justicia organizada, de los culpables o responsables de crímenes de guerra, que los hayan ordenado, perpetrado o participado en ellos”.²¹⁶

Estas intenciones se fueron afinando en declaraciones posteriores. De especial trascendencia es la *Declaración de Moscú de 1º de noviembre de 1943*, en la que se fijaron los principios de lo que sería la represión internacional posterior. La declaración distinguió entre los “criminales de guerra”, que deberían ser juzgados por los Tribunales de las Naciones donde se hubiesen perpetrado los delitos de conformidad a sus leyes internas,²¹⁷ y los “grandes criminales de guerra”, cuyos hechos delictivos afectaban a

²¹⁵ Ibídem, p. 33.

²¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1242.

²¹⁷ En Alemania fueron juzgados conforme a la Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado.

varios países y no tenían ubicación geográfica particular, que habrían de enjuiciarse por una justicia internacional.²¹⁸

Tras estas declaraciones y cuando el establecimiento del Tribunal era casi inminente, varias opiniones se vertieron en cuanto a la forma cómo debería ser establecido este tribunal, explorándose distintas alternativas. En lo que respecta al principio de legalidad, existía conciencia en que había que corregir los errores cometidos en el intento por juzgar al Kaiser Guillermo II, por lo que debía redactarse un Estatuto que regulara el funcionamiento del tribunal y que definiera cada uno de los delitos por los cuales se sometería a juicio a los acusados. Pese a este avance, otras objeciones se vislumbraron con respecto al principio de legalidad, básicamente la irretroactividad de la ley penal o *nullum crimen sine lege praevia*. Dentro de este debate, conviene resaltar que reconocidos autores de la época, como Hans Kelsen, se pronunciaron sobre la forma de establecer un tribunal internacional, y también sobre el debate en torno a la irretroactividad de la ley penal.

En cuanto al establecimiento del tribunal, Kelsen advertía que el castigo de los criminales debía ser un “un acto de justicia internacional y no la satisfacción de la sed de venganza”, por lo que el tribunal debía ser creado mediante un tratado internacional, obteniendo el consentimiento del Estado vencido en el momento de firmar el tratado de paz que pusiera fin al armisticio, al cual debían someterse todos aquellos que hubiesen delinquido, tanto vencedores como vencidos.²¹⁹

Con respecto al principio de legalidad, Kelsen justificaba la aplicación retroactiva de los delitos, señalando: “No hay regla de derecho internacional general consuetudinario

²¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1242.

²¹⁹ Kelsen, Hans, ob. cit., pp. 125 – 126.

que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes *ex post facto*".²²⁰ KELSEN reconocía que varias constituciones prohibían este tipo de leyes y que, en todo caso: "es un principio de derecho penal reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas que ningún castigo puede ser asignado a un acto que no era jurídicamente punible en el momento en que fue cometido"; pero se trataba para KELSEN de derecho positivo interno y no internacional, por lo que nada impedía que mediante un tratado posterior se estableciera la responsabilidad penal por hechos que eran moralmente condenables al momento en que se cometieron.²²¹ Además existían antecedentes de derecho positivo, que si bien no establecían responsabilidad penal, al menos conferían ilicitud internacional a ciertas conductas, como el Pacto BRIAND-KELLOGG,²²² las convenciones de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1929, de todos los cuales formaba parte Alemania.²²³

Finalmente, se adoptó el modelo propuesto por Estados Unidos que, después de algunas discrepancias por parte de la Unión Soviética, terminó siendo adoptado en Londres de 8 de agosto de 1945, con las consabidas críticas de no ser un Tribunal verdaderamente internacional, al estar integrado exclusivamente por los Estados vencedores en la guerra.²²⁴

3.2. El Estatuto

El Acuerdo de Londres, como se le ha llamado, fue suscrito por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno provisional de la República Francesa, el

²²⁰ Ibidem, p. 103.

²²¹ Ibidem, ob. cit. p.p. 103 – 104.

²²² Ibidem, ob. cit. p. 91.

²²³ Ibidem, ob. cit. p.p. 114 – 115.

²²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit. 1237 – 1239.

Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, mediante el cual decidieron establecer un “Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieron localización geográfica particular”, más conocido como el Tribunal de Núremberg. En Carta Anexa al Acuerdo, pero formando parte integrante de él, se estableció el Estatuto del Tribunal.²²⁵

Según el Estatuto, el Tribunal se compuso de cuatro miembros, cada uno representante de una de las naciones que suscribieron el acuerdo, adoptando sus decisiones por mayoría de votos, decidiendo en caso de empate el voto del Presidente del Tribunal.²²⁶

En el artículo 6 se estableció que el Tribunal tenía competencia para juzgar a las personas que individualmente, o como miembros de organizaciones, hubiesen cometido los siguientes crímenes: Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad. En el inciso final, se incluyó una figura penal especial, Conspiración y Complot, siendo estos últimos únicamente figuras de participación de los anteriores.²²⁷

²²⁵ Una versión en español del Estatuto es posible consultarla en:
http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

²²⁶ Art. 3 c)

²²⁷ El Estatuto los definió así:

a) **CRIMENES CONTRA LA PAZ:** A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

b) **CRIMENES DE GUERRA:** A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

c) **CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Es importante destacar para el principio de legalidad, que el Estatuto definió las conductas y expresamente las declaró crímenes y punibles.

Asimismo, el artículo 7° excluyó como eximente y aun como atenuante de responsabilidad el hecho de que el acusado fuera jefe de Estado o funcionario de responsabilidad de dependencias gubernamentales. El artículo 8° declaró inadmisibles como eximente de responsabilidad el cumplimiento de órdenes de gobierno o de superior jerárquico, pero sí lo admitió como atenuante.

3.3. Juicio y sentencia

La primera sesión del tribunal fue celebrada en Berlín,²²⁸ aunque las siguientes tuvieron lugar en Núremberg, un lugar emblemático desde que la ley anti-semita de 1935 fue dictada allí.²²⁹

Fueron acusados, de conformidad al Estatuto, no sólo individuos²³⁰ sino también organizaciones y grupos, los cuales “deberían ser declarados criminales por razón de sus propósitos y aspiraciones, y por los métodos utilizados para realizarlos”.²³¹ Esto

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

²²⁸ CASSESE, Antonio, *International Law*. ob. cit. p. 39.

²²⁹ NINO, CARLOS Santiago, ob. cit. p. 6.

²³⁰ Fue formulada acusación en contra de las siguientes personas: Hermann Wilhelm Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley (jefe del “Frente del Trabajo”, quien se suicidó estando en prisión y fue por ello posteriormente excluido del acta de acusación), Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp, Von Bohlen und Halbach (también excluido posteriormente del acta de acusación por haberse desglosado su caso a fin de ser sometido a los tribunales locales de la zona), Karl Doenitz, Erich Reader, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jold, Martin Bormann (en rebeldía), Franz von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath y Hans Fritzsche. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1255.

²³¹ Las organizaciones acusadas fueron: “die Reichsregierung” (Gobierno del Reich o Gabinete del Estado); das Korps der politischen Leiter der nationalsozialistischen deutschen Arbeiterpartei (Cuerpo directivo del Partido Nacionalsocialista); die Schutzstaffeln der nationalsozialistischen deutschen

despertó una crítica intensa, pues no era pacífico en aquella época la tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos hubiesen preferido y creen que hubiera bastado con la declaración de asociación ilícita de tales entidades. Una serie de personas fueron acusadas de pertenecer a estas organizaciones criminales, bastando ese sólo hecho para ser acusadas y posteriormente condenadas.²³²

El 1º de octubre de 1946 se dio a conocer la sentencia a los acusados.²³³ Acto seguido, se proclamó la culpabilidad de los siguientes grupos: los dirigentes del partido nazi, de la Gestapo y de los cuerpos de SS; pero no se declaró responsables al Gobierno del Reich, ni al Estado Mayor del Ejército Alemán, ni a la SA o milicia parda.²³⁴

Anticipándose a las críticas, la sentencia señaló que, “la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación de la soberanía sino, en general, un principio de justicia.”²³⁵

En cuanto a la responsabilidad de las organizaciones, Henri DONNEDIEU de VABRES, uno de los jueces del Tribunal, explicaba que en Núremberg se produjeron sólo tres declaraciones de criminalidad - las que conciernen a la S.S., la Gestapo, el cuerpo de jefes políticos - en lugar de las seis reclamadas por la fiscalía. Las

Arbeiterpartei (comúnmente conocida como Milicia Negra o “SS”); die geheime Staatspolizei (la policía secreta del Estado, comúnmente conocida como la “Gestapo”); die Sturmabteilungen der N.S.D.A.P. (comúnmente conocida como la Milicia Parda o “SA”); y el Estado Mayor General y el Alto Comando de las Fuerzas Armadas Alemanas. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1255.

²³² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1255.

²³³ Fueron condenados a morir en la horca: Hermann Wilhelm Goering, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Julius Streicher, Gustav Krupp, Fritz Sauckel, Alfred Jold, Martin Bormann (en rebeldía), Arthur Seyss-Inquart. Condenados a Prisión Perpetua: Rudolf Hess, Walter Funk, Erich Reader. Condenados a 20 años: Albert Speer y Baldur von Schirach. Condenado a 15 años: Constantin von Neurath. Condenado a 10 años: Karl Doenitz. Absueltos: Hjalmar Schacht, Franz von Papen y Hans Fritzche. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit. p. 1261.

²³⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1259.

²³⁵ Cita tomada de GALLANT, Kenneth, “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la retroactividad de los delitos y de las penas”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Ponds, 2012

exclusiones no provienen de una apreciación favorable de la actividad de las agrupaciones de que se trata, sino de no haberse tenido por acreditada la existencia de las otras entidades, en cuanto organizaciones o grupos bien definidos.²³⁶ El mismo juez, comentando la sentencia, señaló que la labor del Tribunal fue difícil, ya que, en el Estatuto el complot, reducido a la noción de un plan concertado para cometer tal o cual acto de agresión, se identifica con la noción, e incluso con una noción bastante estrecha, de complicidad. Asimismo, criticaba la confusión entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, de suerte que las infracciones de esa naturaleza cometidas antes de estallar las hostilidades, escapan a la competencia del Tribunal.²³⁷

3.4. Críticas sobre el Juicio de Núremberg

Todas las críticas que se han formulado al juicio de Núremberg pueden fácilmente reconducirse a dos, a saber: (1) el hecho de haber sido una justicia de los vencedores sobre los vencidos, esto es, no haber sido verdaderamente un tribunal imparcial con un auténtico carácter internacional, y (2) no haber respetado el principio de legalidad, especialmente lo que dice relación con la irretroactividad penal.

En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA: “El definitivo obstáculo para que pueda considerarse válida en Derecho la justicia hecha en Núremberg, proviene de haberse violado el principio *nullum crimen nullum poena sine praevia lege*, y de haberse dado indebidamente efecto retroactivo a una ley penal de gravísima trascendencia”.²³⁸

Robert H. JACKSON, uno de los principales redactores del Estatuto del Tribunal y quien fuera además Fiscal por los Estados Unidos en el Juicio, defendiendo el juicio y

²³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1263.

²³⁷ Ibidem, p. 1279.

²³⁸ Ibidem, p. 1283.

todo lo obrado, señalaba que los procesados de Núremberg habían sido tan crueles e inhumanos que no pueden ampararse en las normas de algunos sistemas de jurisprudencia que proscriben las leyes *ex post facto*.²³⁹

Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS, si bien es en general un defensor de la justicia hecha en Núremberg, no puede dejar de reconocer que: “... el defecto fundamental fue, a no dudarlo, el relativo olvido del apotegma *nullum crimen sine lege*, que al añadirse el requisito a él inherente de *praevia lege*, ampara asimismo el dogma de la legalidad y el de la irretroactividad, morfológicamente inseparables”, defecto que QUINTANO disculpa en atención a las insuperables circunstancias en que el juicio se desarrolló, “pero que es preciso subsanar llegada la hora de formular un ordenamiento jurídico en su plenitud”.²⁴⁰

Con todo, QUINTANO no deja de matizar la crítica, al estimar que, pese a las ímprobables dificultades de la improvisación *ex post facto*, una relativa dogmática de legalidad fue mantenida en lo posible, referida no a las leyes penales internacionales *stricto sensu* que no existían, pero sí a tipos de normas paralelas, las de crímenes de derecho común interno para la delincuencia contra la humanidad, y las de derecho convencional o contractual para los de guerra y contra la paz. “Pero que tales disposiciones, aunque jurídicas y creadoras de obligaciones internacionales indubitadas, no creaban delitos penales, es igualmente incuestionable, al menos para la mentalidad jurídico-penal europea continental, forjada en el contacto con el Derecho interno”.²⁴¹

²³⁹ Ibidem, p.p. 1276 – 1277.

²⁴⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit. p. 100.

²⁴¹ Ibidem, p. 98.

Más recientemente, y con cierta condescendencia, se afirma que el principio de legalidad no era una norma internacional vinculante en esa época, como sí lo es hoy en día, convirtiéndose en una norma de derecho internacional consuetudinario.²⁴²

3.5. Comentarios

De lo visto hasta aquí, es posible apreciar una evolución entre la primera y la segunda postguerra en cuanto al principio de legalidad, la que si bien no es demasiado significativa, al menos es lo suficiente como para impedir un juicio internacional tras la primera guerra mundial y posibilitarlo al terminar la segunda.

Mientras la Liga de las Naciones pretendió juzgar al Kaiser sin la existencia de un verdadero delito, los Aliados lograron juzgar a los principales mentores del nacionalsocialismo por conductas que fueron expresamente definidas en el Estatuto del Tribunal, cumpliéndose al menos con el primero de los elementos del principio de legalidad, el de *lex scripta*. Sólo con mucha dificultad podríamos estimar que se cumplió con los demás componentes del principio, los de *lex stricta*, *certa* y *praevia*. En términos breves, se transitó desde “la nada” en la Primera Guerra, a la consideración del primero de los cuatro elementos del principio de legalidad, lo que continúa siendo altamente insatisfactorio.

Si bien el Estatuto presentaba bastantes problemas en cuanto a la *lex stricta* y *certa*, ellos se vieron opacados frente a la evidente infracción a la prohibición de irretroactividad, que acaparó casi toda la atención de las discusiones en el juicio y posteriormente en la crítica de la doctrina.

²⁴² GALLANT, Kenneth, “La legalidad como norma...”, ob. cit., pp. 318 – 320

No obstante todo lo dicho, entre los distintos delitos “creados” en Núremberg, de todas formas es posible hacer algunas distinciones, respecto de cada uno de los delitos.

Con respecto a los crímenes contra la paz, efectivamente Alemania violó el pacto Pacto BRIAND-KELLOGG, lo que equivale a decir, en términos de derecho internacional, que se trataba de una guerra ilegal o *guerra injusta*. Que tal violación del tratado no era previamente delito, es indiscutible.

En cuanto a los crímenes de guerra, existían previamente las convenciones de La Haya de 1907 y las de Ginebra de 1929, cuyas disposiciones prohibían varias conductas, autorizándose a las respectivas partes combatientes para sancionar penalmente a quienes cometieran tales infracciones. Los Aliados pudieron juzgar a los alemanes ante un tribunal militar nacional bajo el derecho de ocupación. La novedad estaba, en que ahora estos delitos eran elevados a una categoría internacional, siendo juzgados por un tribunal internacional.

En cuanto a los crímenes contra la humanidad, ellos carecían de toda existencia jurídica en el ámbito internacional. Los redactores del Estatuto eran conscientes de que estaban creando un delito nuevo, pero no querían dejar de enjuiciar a los nazis por las persecuciones en contra de los judíos y otras minorías. Como sabían que ello les traería serios problemas políticos y jurídicos exploraron varias alternativas. Uno de los redactores del Estatuto, Robert H. JACKSON, quien, ya sabemos, más tarde fue uno de los fiscales del tribunal, refiriéndose al exterminio de judíos expresó: “A menos que nos basemos en una conexión con la guerra para vincularlos, yo pensaría que no tenemos fundamento para ocuparnos de tales atrocidades. Ellos fueron parte de la preparación de la guerra o de la conducción de la guerra en la medida en que ocurrieron al interior de

Alemania, lo que los convierte en asunto nuestro”. La redacción de consenso fue que tales delitos debían haber sido cometidos “en ejecución o en conexión” con cualquier otro delito de competencia del Tribunal.²⁴³

Apuntemos finalmente que las conductas descritas como crímenes contra la humanidad, eran delito de acuerdo al derecho interno de casi todos los Estados (como el homicidio, la tortura, las lesiones y otros delitos de derecho interno), pero, siendo ello cierto, también lo es el hecho de que estos delitos no tenían previamente existencia internacional.

4. El Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente

Bien avanzado el proceso de Núremberg, las potencias aliadas decidieron el establecimiento de otro Tribunal, esta vez para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por los principales dirigentes japoneses. A propuesta del General estadounidense Mac ARTHUR, el 19 de enero de 1946, fue creado con sede en Tokio, el “Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente”, más conocido como el Tribunal de Tokio.²⁴⁴

El 25 de abril de 1946 se adoptó el Reglamento del Tribunal, que es muy similar al Estatuto del Tribunal de Núremberg, pero aquí se aprovechó la oportunidad para efectuar algunas correcciones, provenientes de la experiencia adquirida en el juicio alemán, alcanzando por ello mayor claridad y precisión. Así por ejemplo, se sacrificó la figura confusa del complot o *conspiracy*, que tanta perturbación había provocado en

²⁴³ Cita estos antecedentes, NILSSON, Jonas, “The principle nullum crimen sine lege”. OLUSANYA, Olaoluwa. *Rethinking International Criminal Law: The Substantive Part*. Groningen, Europa Law Publishing, 2007, p.37 – 38.

²⁴⁴ O por la sigla inglesa I.M.T.F.E, International Militar Tribunal for Far East, QUINTANO RIPOLLES, Antonio, ob. cit. p. 433.

Núremberg, conservándose únicamente los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad.²⁴⁵

Otro progreso fue la composición del Tribunal, con lo que se trató de corregir en alguna medida los censurables defectos de unilateralidad y parcialidad. En lugar de cuatro jueces, este Tribunal estuvo integrado por once miembros, representando a los siguientes países: Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Nueva Zelanda, U.R.S.S. e India, este último en calidad de país neutral.²⁴⁶

En cuanto al principio de legalidad, si bien no hay mayores diferencias, compartiendo básicamente las mismas dificultades, el Tribunal de Tokio recibió menores críticas que el de Núremberg ya que, a diferencia de Alemania que sólo fue vencida, Japón firmó una rendición incondicional el 2 de septiembre de 1945 en calidad de Estado soberano, hallándose en plena posesión de la inmensa mayoría de su territorio y estando gran parte de su potencialidad bélica intacta.²⁴⁷ De este hecho, algunos autores quisieron ver una suerte de consentimiento tácito en el juzgamiento, que lo legitimaría en mejor pie que el de Núremberg.²⁴⁸

El Tribunal para el Extremo Oriente inició sus sesiones el 3 de mayo de 1946, en Tokio, y concluyó el 12 de noviembre de 1948, fecha en la que se publicó la sentencia.

La defensa de los acusados utilizó básicamente los mismos argumentos que fueron empleados en Núremberg, esto es, carencia de jurisdicción del Tribunal, lo que sólo

²⁴⁵ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, ob. cit. p. 434.

²⁴⁶ Ibidem, p.p. 434 – 435.

²⁴⁷ Ibidem, p. 435.

²⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit. p. 1293.

competería a los tribunales nacionales de Japón; ausencia de normas internacionales de carácter penal, transgrediéndose el principio de legalidad e irretroactividad penal.²⁴⁹

Por las mismas razones que en Núremberg estas alegaciones fueron rechazadas, aun cuando tuvieron mayor eco en este Tribunal, ya que la sentencia, si bien fue condenatoria, no concertó la adhesión unánime de todos sus miembros. “Discreparon parcialmente los jueces francés, filipino y holandés, y totalmente el de la India”. El voto del representante indio, “abunda una por una en las tesis de las defensas, sobre todo en los extremos de incompetencia y ausencia de legalidad previa”.²⁵⁰

En el Tribunal de Núremberg no hubo mayores discrepancias entre los jueces, pero hubo condenas a muerte, a prisión y también absoluciones.²⁵¹ En el tribunal de Tokio en cambio, hubo varias diferencias entre los magistrados pero no hubo absoluciones, siendo todos los acusados condenados, ya sea a muerte, a prisión perpetua o penas de veinte años.²⁵²

5. Postguerra y Guerra Fría

5.1. Los esfuerzos por la codificación del derecho penal internacional

A penas concluida la labor de los tribunales de Núremberg y Tokio, y recogiendo las válidas críticas en cuanto a la forma en que estos tribunales fueron establecidos y la infracción del principio de legalidad penal, se desarrollaron una serie de iniciativas

²⁴⁹ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, ob. cit. p. 437.

²⁵⁰ Ídem.

²⁵¹ En el juicio de Núremberg hubo tres absoluciones.

²⁵² Un completo compendio sobre el Estatuto, las acusaciones, sentencias y demás documentos del Tribunal, se encuentra disponible en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>

tendientes tanto a la adopción de un Código Penal Internacional como la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

Algunas de estas iniciativas fueron de carácter privado, esto es, desarrolladas tanto por juristas y asociaciones de juristas, como una forma de contribuir a la elaboración y desarrollo de iniciativas de carácter oficial. Estas últimas, las oficiales, tuvieron lugar bajo el alero de Naciones Unidas, en especial de la Comisión de Derecho Internacional. Revisaremos algunas de estas propuestas por separado.

5.1.1. Iniciativas Privadas

La *International Bar Association*,²⁵³ presentó en la Conferencia de Londres, celebrada entre el 19 y el 26 de julio de 1950, un anteproyecto de Código Penal Internacional. De este anteproyecto, se destaca el libro II, que contiene la parte especial, en la que se tipifican infracciones cometidas indistintamente en tiempo de paz y de guerra, e infracciones cometidas en tiempo de guerra únicamente, comprendiéndose entre las primeras sólo el crimen contra la humanidad, y entre las segundas los crímenes contra la paz y de guerra.²⁵⁴

Casi treinta años más tarde, CHERIF BASSIOUNI elaboró un “Proyecto de Código Penal Internacional”, encargado por la Asociación Internacional de Derecho Penal,²⁵⁵ que fue terminado en julio de 1979.²⁵⁶ A grandes rasgos, debemos decir que este Código se basa en dos hipótesis de aplicación alternativas: “1) Su aplicación como un Código integral por un Tribunal Penal Internacional (sistema de aplicación directo), y 2) su

²⁵³ Organización que hoy cuenta con página web: <http://www.ibanet.org/>

²⁵⁴ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, ob. cit. p. 123.

²⁵⁵ Hoy también con página web: <http://www.penal.org/es>

²⁵⁶ Y que ya hemos citado: CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional*, trad. José L. De La Cuesta Arzamendi. Madrid, Tecnos, 1984

utilización como código sustantivo de crímenes y delitos internacionales incorporado a un convenio internacional, destinado a aplicarse a través del ordenamiento e instituciones penales internas (sistema de aplicación indirecto)”.²⁵⁷

5.1.2. Iniciativas Oficiales

El artículo 13 de la Carta de Naciones Unidas prevé expresamente la obligación de la Asamblea General de “promover la cooperación internacional en el campo político y estimular el progresivo desenvolvimiento del Derecho Internacional y su codificación”. Para tales efectos se creó la “Comisión de Derecho Internacional”. A esta Comisión se le encomendó, por Resolución 177 (II) de la Asamblea General de fecha 21 de noviembre 1947, las siguientes tareas:²⁵⁸

- a) Un proyecto de convención que contuviera los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y sancionados por él;
- b) Un proyecto detallado de plan de codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

A ellos, y al proyecto de corte penal internacional, nos referiremos separadamente.

5.1.3. Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg

La Asamblea General de las Naciones Unidas, teniendo presente la trascendencia mundial e histórica de las sentencias que pronunció el Tribunal de Núremberg, así como el hecho de que a su propósito se formularon principios de carácter universal, por

²⁵⁷ Ibidem, p.87.

²⁵⁸ BLANC ALTEMIR, Antonio, ob. cit., p. 31.

Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, procedió a confirmar los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Núremberg”.

Como decíamos, al año siguiente la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que tales principios fueran estudiados y perfeccionados, con miras a la adopción de una Convención que los sancionara, sin perjuicio del proyecto más detallado de codificación general de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad.

Los principios, según la reformulación de la Comisión, son los siguientes:²⁵⁹

PRINCIPIO I: *“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”.*

Según BLANC ALTEMIR, el fundamento de este principio reside en la idea de que “el Derecho Internacional puede imponer deberes directamente al individuo”.²⁶⁰

PRINCIPIO II: *“El hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho Internacional no exime de responsabilidad en Derecho Internacional a quien lo haya cometido”.*

Este principio se refiere a la relación existente entre la responsabilidad interna e internacional, extraído del artículo 6 letra c) del Estatuto que define a los crímenes contra la humanidad, aquí enunciado en términos más amplios y generales.²⁶¹

²⁵⁹ Texto tomado de: NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, Nueva York, 1996, 5ª edición, Anexo. El texto íntegro se encuentra en documentos oficiales de la Asamblea General, 5º período de sesiones, suplemento núm. 12(A/1316), p. 11 y ss.

²⁶⁰ BLANC ALTEMIR, Antonio, ob. cit. p.25.

PRINCIPIO III: *“El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional haya actuado como Jefe del Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”*.

El artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, que sirvió de base a este principio, añadía las palabras “ni como atenuante de la pena”, que no fueron mantenidas por la Comisión, ya que consideró que “es el Tribunal quien debe estimar o no la atenuación de la pena”.²⁶²

PRINCIPIO IV: *“El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de su responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”*.

El artículo 8 del Estatuto, del que fue extraído este principio, establecía expresamente que si bien la orden del superior o del gobierno no eximen de responsabilidad, sí podían operar como atenuantes. Por las mismas razones señaladas en el principio III, la Comisión eliminó la referencia a las atenuantes.²⁶³

PRINCIPIO V: *“Toda persona acusada de un delito de Derecho Internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el Derecho”*.

Este principio ha sido elaborado a partir del capítulo del Estatuto titulado: “Juicio imparcial para los acusados”; el cual recogía procedimientos tales como la entrega al acusado de una copia de la acusación en idioma que conozca, el derecho por parte de

²⁶¹ Ídem, p.25.

²⁶² Ibidem, p.26.

²⁶³ Ibidem, pp. 26 – 27

éste a dar explicaciones relativas a los cargos formulados en su contra, así como a presentar pruebas en abono a su defensa y a disponer de abogado.²⁶⁴

De una forma muy similar al Estatuto del Tribunal de Núremberg, en el principio VI se definen expresamente las conductas que configuran los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad.

PRINCIPIO VI: *Los delitos enunciados a continuación son punibles como crímenes de Derecho Internacional:*

a) Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).

b) Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la humanidad: El asesinato, exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población

²⁶⁴ Ibidem, p.27.

civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.

PRINCIPIO VII : *“La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad, de los enumerados en el principio VI, constituye asimismo delito de Derecho Internacional”.*

En opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, estos principios tienen un “papel semi-constitucional que desde el principio se arrogaran y que el asenso comunitario confirma, si quiera sea *a posteriori*.”²⁶⁵

Sobre la base de estos principios la Comisión de Derecho Internacional comenzó sus estudios para la adopción de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

5.1.4. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Con un criterio realista, Naciones Unidas redujo la idea de un Código Penal Internacional a un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.²⁶⁶

²⁶⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 101.

²⁶⁶ Debe hacerse presente que el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad no abarca todos los delitos internacionales, sino sólo aquellos que han sido considerados atentatorios precisamente contra la paz y seguridad internacionales. De modo que no se trata de un Código Penal Internacional completo, sino parcial, ya que regula sólo este grupo de materias. No obstante y como hemos visto, la idea de un Código Penal Universal ha estado presente en la doctrina desde hace bastante tiempo, elaborando proyectos particulares de códigos. En cuanto a iniciativas oficiales, un proyecto de código completo no ha sido nunca emprendido por Naciones Unidas, ya que todos los esfuerzos se han concentrado en el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Con todo, la Comisión de Derecho Internacional acordó en su reunión de Lake Success, de 12 de mayo a 17 de

En el primer período de sesiones (1949), la Comisión hizo un estudio preliminar de la preparación del proyecto y designó relator especial al señor Jean SPIROPOULUS. Además, hizo distribuir a los gobiernos un cuestionario en el que se consultaba qué delitos, además de los reconocidos por el Estatuto y las Sentencias de Núremberg, debían ser incluidos en el proyecto. En el segundo período de sesiones, la Comisión estudió el informe del relator especial y las respuestas remitidas por los gobiernos. Con estos antecedentes la Comisión elaboró un proyecto, que fue sometido a consideración de la Asamblea General. La Asamblea, mediante diversas decisiones fue sucesivamente aplazando su estudio. En tanto, la Comisión siguió trabajando y revisando el proyecto, y aprobó un tercer informe presentado por el Relator Especial.²⁶⁷

En cuanto al alcance del proyecto, la Comisión decidió limitarlo a los “delitos que contenían un elemento político y que ponían en peligro o perturbaban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Por esta razón, “no se incluían en él materias tales como la piratería, el tráfico de estupefacientes, la trata de mujeres y niños, la esclavitud, la falsificación de monedas y los daños a los cables submarinos”. También la Comisión decidió que, “sólo se ocuparía de la responsabilidad penal de los individuos y que no se incluirían disposiciones en relación con los delitos cometidos por entidades abstractas”.²⁶⁸

junio de 1947, la conveniencia ulterior de un código de contextura harto más amplia constituyendo un verdadero e íntegro Código Criminal Internacional. Como bien señala QUINTANO RIPOLLÉS, "seguramente las enormes dificultades halladas en la confección del primer proyecto han sido motivo suficiente de la rémora registrada en la del segundo, que lógicamente habrían de ser infinitamente mayores". QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., pp. 122 – 123.

²⁶⁷ BLANC ALTEMIR, Antonio, ob. cit. pp. 31 – 32.

²⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *La Comisión*, ob. cit., p. 45. El proyecto originalmente contenía cinco artículos en los que se trataban las siguientes materias: 1.- El principio de la responsabilidad individual por delitos de Derecho Internacional. 2.- Una enumeración de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que incluía: Los actos de agresión directa a otro Estado; Amenazas o preparación del empleo de la fuerza armada contra otro Estado; Fomento de actuación de bandas armadas, luchas civiles o

Después de reiteradas dilaciones, la Asamblea General dictó la resolución 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, que aplazó el proyecto, por considerar que planteaba problemas estrechamente relacionados con la definición de la “agresión”, cuestión que debía ser previamente resuelta.

Los autores coinciden en que, en el fondo, el proyecto fue paralizado por razones políticas. La humanidad en plena “guerra fría”, que dividía al mundo en dos bloques ideológicos contrapuestos, los que estaban preparados para enfrentarse en cualquier momento, por lo que no era la oportunidad más propicia para la aprobación de un Código de tal naturaleza.²⁶⁹

Pues bien, la Asamblea General tardó veinte años en ponerse de acuerdo en una definición de agresión, lo que confirma que el problema no era una cuestión técnica sino de fondo. Sólo el 14 de diciembre de 1974, mediante la resolución 3314 (XXIX),²⁷⁰ la Asamblea General aprobó la definición de agresión, incluyendo en su agenda de 1977 el

actividades terroristas en el territorio de otro Estado; La violación de obligaciones establecidas por un tratado destinado a garantizar la paz y seguridad internacionales; La anexión de un territorio perteneciente a otro Estado o bajo régimen internacional; La intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante medidas coercitivas, económicas o políticas; Los actos de Genocidio; Los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad; Los actos constitutivos de crímenes de guerra (aun cuando el proyecto no empleaba los términos genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, señala las definiciones que corresponden a estos delitos); La conspiración, la instigación directa, la tentativa o la complicidad en la perpetración de cualquiera de los delitos definidos anteriormente. 3.- La no exención de responsabilidad por ser Jefe de Estado o autoridad del mismo. 4.- La no exención de responsabilidad por haber actuado en cumplimiento de órdenes del gobierno o de un superior jerárquico si, dadas las circunstancias del caso, ha existido la posibilidad de no acatar dicha orden. *Ibidem*, pp. 193-194.

²⁶⁹ Según CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, “el advenimiento de la guerra fría y el sentimiento de desconfianza que provenía de la gran divergencia entre las ideologías dominantes en los países más importantes del mundo hizo que estos intentos fueran abandonados ... hasta que, en el seno de la ONU, se lograra un acuerdo sobre la definición de agresión”. CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho penal internacional* ..., ob. cit. p. 15. QUINTANO RIPOLLÉS opinaba que, las principales discusiones sobre el proyecto se centraron en definir el concepto de guerra de agresión y en la inclusión del genocidio, pues este delito, ya había sido objeto de una convención por separado. En el fondo, estos no fueron sino pretextos que aletargaron la redacción y aprobación definitiva del proyecto. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit. p. 122. JIMÉNEZ DE ASÚA afirmaba: El proyecto sufrió una serie de modificaciones y enmiendas que impidieron su aprobación, introduciéndose referencias a normas de Derecho interno, que restaron jerarquía y eficacia a su posible aplicación. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit. p. 1156.

²⁷⁰ Disponible en formato electrónico en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5517.pdf>

proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aun cuando su examen fue aplazado para el año siguiente.²⁷¹

Desde entonces, año tras año la Comisión continuó trabajando y presentando sus informes a la Asamblea General, la que tomaba nota de los avances e invitaba a los Estados a efectuar nuevas observaciones, sin que se adoptaran decisiones para avances efectivos. Dicho brevemente, la idea del proyecto se mantuvo en situación de letargo, pero no fue abandonada del todo.

Lo único relevante fue que en 1982 se designó a un nuevo Relator Especial, Doudou THIAM, quien creó un grupo de trabajo presidido por él,²⁷² el cual continuó trabajando en una dinámica similar, hasta que en 1991, ya en otro escenario político internacional, se aprobó un nuevo borrador del Código, lo que abrió una siguiente etapa que concluiría finalmente en la creación de la Corte Penal Internacional.

5.1.5. Proyecto de Estatuto de una corte penal internacional

La Asamblea General, en la resolución 260 B (III) de 9 de diciembre de 1948, invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar la conveniencia y posibilidad efectiva de crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio y otros delitos que fueran de competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales. En la misma resolución, instó a la Comisión, dentro de ese examen, a considerar la posibilidad de crear una Sala Penal en la Corte Internacional de Justicia.²⁷³

²⁷¹ BLANC ALTEMIR, Antonio, ob. cit. p. 33.

²⁷² NACIONES UNIDAS. *La Comisión*, ob. cit. p. 168.

²⁷³ *Ibidem*, p. 34.

La Comisión de Derecho Internacional llegó a la conclusión de que era conveniente y posible crear tal órgano judicial internacional, pero “se pronunció en contra de que dicho órgano se crease como Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia”, aun cuando ello era posible, previa modificación del Estatuto de la Corte.²⁷⁴

En 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas examinó el informe de la Comisión, estableciendo, por resolución 498 (V) de 12 de diciembre, la creación de una Comisión Especial compuesta por representantes de 17 Estados miembros, con el fin de preparar propuestas concretas en cuanto al Tribunal y su Estatuto. Esta comisión elaboró un proyecto de Estatuto, proponiendo que este órgano judicial tuviese carácter permanente, aunque sólo se reuniese cuando hubiese de conocer de algún caso de su competencia.²⁷⁵

El informe de la Comisión Especial y el proyecto de Estatuto, fueron remitidos a los gobiernos para que formularan sus observaciones. Sin embargo, “sólo algunos gobiernos hicieron comentarios al proyecto, y en 1952, la Asamblea, en la resolución 687 (VII), decidió nombrar una nueva Comisión”.²⁷⁶

Esta nueva Comisión introdujo algunos cambios al proyecto de Estatuto de 1951 y preparó dos variantes del texto, una para el caso en que la Corte funcionase independientemente de las Naciones Unidas, y otra para el supuesto en que la Corte estuviese íntimamente vinculada a las Naciones Unidas. La Comisión presentó su informe a la Asamblea General en el período de sesiones de 1954, y ésta, por resolución 898 (IX) de 14 de diciembre, “decidió aplazar el examen del informe hasta que la

²⁷⁴ Ídem.

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ Ídem.

Asamblea General hubiese considerado el informe de la nueva Comisión Especial para la cuestión de la definición de la agresión, junto con el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”. En 1957, la Asamblea, en la resolución 1187 (XII) de 11 de diciembre, decidió una vez más aplazar el examen del informe de la Comisión, ya que, en su concepto, el proyecto de Tribunal Penal Internacional estaba relacionado con la definición de la agresión y con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, debiendo aplazarse su estudio hasta que la Asamblea examinara nuevamente esos dos temas.²⁷⁷

Ya sabemos que la definición de Agresión fue alcanzada en 1974. Sin embargo, mientras el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad se mantuvo en una situación de estancamiento en la dinámica burocrática de informes y observaciones, en cambio, la idea de crear una Corte Penal Internacional fue prácticamente olvidada.

Sólo cuando ya estaban bastante avanzados los trabajos del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y se comenzó a ver la real posibilidad de su adopción, la Comisión vio la necesidad de que este Código fuese efectivamente implementado por un Tribunal internacional, por lo que comenzó también a trabajar sobre el particular, emitiendo informes a la Asamblea General dando a conocer sus inquietudes respecto de una jurisdicción penal internacional. La Asamblea General entonces, en un nuevo escenario político, autorizó a la Comisión para que,

²⁷⁷ Ibidem, p. 35.

en sus futuros informes sobre el proyecto de Código, incluyera propuestas para el establecimiento de cortes criminales u otros mecanismos jurisdiccionales.²⁷⁸

5.2. La tipificación de delitos en convenciones internacionales

Siempre en este período y mientras avanzaban a paso lento los proyectos más completos sobre Código de Crímenes y Corte Penal Internacional, fue un poco más sencillo para los Estados ponerse de acuerdo en la incriminación de los principales delitos que habían sido objeto del juicio de Núremberg, en convenciones por separado.

De este modo, fue aprobada la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948. Interesa destacar, que esta convención fue adoptada mediante resolución 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948, y que, mediante la resolución 260 B (III) de la misma fecha, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional el estudio de la conveniencia y posibilidad de crear un órgano judicial encargado de juzgar el Genocidio y otros delitos internacionales.²⁷⁹ Concordantemente, la Convención contra el Genocidio menciona en su artículo VI que las personas acusadas de este delito serán juzgadas o por el tribunal del territorio o por “la” Corte Penal Internacional que sea competente.

Al año siguiente fueron aprobadas las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, que actualizaron y ampliaron la protección existente de los heridos y enfermos en la guerra terrestre y marítima, así como la de prisioneros de guerra; y se incorporó, además, a la población civil como cuarto grupo protegido, precisamente en el cuarto convenio. Otra novedad fue que por primera vez se regulan los conflictos armados sin

²⁷⁸ NACIONES UNIDAS. *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, ob. cit. p. 35.

²⁷⁹ Véase QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia, Tirant Lo Blanch - Cruz Roja Española, 2005, pp. 51-52.

carácter internacional en el artículo común 3°. En el ámbito penal, se contemplaron expresamente las llamadas “infracciones graves” en los artículos comunes 50/51/130/147, todas las cuales constituyen crímenes de guerra.

Si bien no fue adoptada, ni en este período ni después, una convención para los crímenes contra la humanidad, sí se convino en otras convenciones sobre los delitos base o subyacentes, como la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Más tarde se adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Contra la Humanidad de 26 de noviembre de 1968, que se remite a la definición del Estatuto de Núremberg. Luego, se adoptó la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 30 de noviembre de 1973, cuyo artículo I declara expresamente que el Apartheid es un crimen contra la humanidad.

Años más tarde, y siempre dentro de este mismo período, fueron adoptados los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra, de 1977, que complementan, actualizan y extienden la protección brindada por las Convenciones de 1949. El Protocolo Adicional I, está referido a los conflictos armados internacionales, en tanto que el Protocolo Adicional II reglamenta los conflictos armados sin carácter internacional.

Cerremos este cuadro con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984.

5.3. Tribunales Éticos

Tras las sentencias de los Tribunales internacionales de Núremberg y Tokio, varios juristas y la comunidad internacional en general, abrigaron grandes esperanzas en torno a la rápida consolidación de un sistema penal internacional, ya fuera por medio del mantenimiento de estos mismos tribunales al amparo de Naciones Unidas, o por la creación de un Tribunal Penal Internacional único y permanente. Tanto fue así, que autores como QUINTANO RIPOLLÉS, se esforzaron por elaborar una dogmática propia y acorde con esta jurisprudencia, que fuera paulatinamente consolidándose y corrigiendo sus deficiencias, especialmente en cuanto al principio de legalidad. Entonces, ya existían elaboraciones doctrinarias, ya había dos importantísimos precedentes, se contaba con una organización internacional que lo podía respaldar, y la legalidad de los crímenes se había reforzado al aprobarse los Principios de Núremberg, la Convención contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra de 1949 y se estaba trabajando en el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Pese a ello, el derecho penal internacional no evolucionó de forma tan acelerada como en un principio se pensó, a raíz del nuevo escenario político internacional que dividió al mundo en dos ideologías contrapuestas con la amenaza latente de una guerra atómica, produciéndose un verdadero letargo que dejó un vacío en la justicia penal internacional, que fue denunciado por numerosos juristas, políticos, científicos y artistas quienes, convocados por el filósofo inglés Lord Bertrand RUSSELL, crearon un Tribunal internacional de carácter ético, que se encargó de juzgar los crímenes cometidos en la guerra de Vietnam, aplicando el derecho internacional existente, pero claro, sin el imperio de un organismo jurisdiccional propiamente tal.

El 2 de mayo de 1967, en el discurso inaugural de las sesiones de Estocolmo del Tribunal Russell, como se le ha llamado, Jean-Paul SARTRE, su Presidente Ejecutivo, refiriéndose a las críticas hechas al Tribunal de Núremberg, decía:

“A pesar de todo, no hubiese sido difícil defender tal legitimidad. Hubiese bastado con que el organismo creado para juzgar a los nazis sobreviviese a este oficio particular, o que la Organización de las Naciones Unidas, sacando consecuencias de cuanto acaba de hacerse, le hubiese consolidado, mediante voto de su Asamblea General, como Tribunal permanente, habilitado para admitir y juzgar todas las acusaciones de crímenes de guerra”. Ahora bien, “ya se sabe lo que pasó: apenas juzgado el último culpable alemán, el Tribunal se evaporó y nadie ha vuelto oír hablar de él”. Y se preguntaba Sartre: “¿Acaso somos tan puros?, ¿No hubo más crímenes de guerra después de 1945?, ¿Ya no se acudió nunca más a la violencia, a la agresión?, ¿No hubo más prácticas genocidas?..., ¿No ha habido ocasión de denunciar en toda la tierra nuevos Oradour, nuevos Auschwitz?”. Más adelante añadía en su discurso: “Así, los planes, prematuros e incompletos, trazados por los aliados en 1945, y abandonados después, han creado una verdadera laguna en la vida internacional. Sucumbe cruelmente un organismo que, una vez surgido, se afirmó con su permanencia y universalidad, definió irreversiblemente derechos y deberes, para desaparecer dejando un vacío que hay que llenar y nadie llena”.²⁸⁰

El fundador del Tribunal, Bertrand RUSSELL, también en discurso inaugural, señalaba las proyecciones del Tribunal: “Creo que tenemos derecho a concluir en la necesidad de reunir un Tribunal solemne, integrado por hombres eminentes, no por su poder, sino en

²⁸⁰ *Tribunal Russell, sesiones de Estocolmo y Roskilde*. Editorial Siglo Veintiuno Editores S.A., Primera edición en español, Madrid, 1969, pp. 20 – 21.

virtud de su contribución intelectual y moral a lo que se ha convenido en llamar, de un modo optimista, 'civilización humana'. Y concluye: “¡Que este Tribunal sea capaz de evitar que se cumpla el crimen del silencio!”.²⁸¹

Posteriormente, entre 1974 y 1976, fue creado un segundo Tribunal Russell, convocado para enjuiciar a las dictaduras militares de América Latina. En 1979, fue creado el Tribunal Permanente de los Pueblos, como continuador de los Tribunal Russell. Este último Tribunal, enjuició diversas situaciones de todos los continentes, en que se vieron involucrados tanto Estados Unidos como la Unión Soviética.

Estos Tribunales éticos sin duda fueron un medio de presión internacional para los Estados y para Naciones Unidas, cuya pasividad fue dejada en evidencia, pues una entidad de carácter particular llevaba a cabo una labor que le era propia. Ya en la década de los noventa, cuando se había producido el término de la guerra fría, y se había desmantelado la Unión Soviética, se configuró un nuevo escenario político internacional que generó las condiciones necesarias para el establecimiento de nuevos y auténticos tribunales penales internacionales.

6. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia

6.1. Antecedentes

La República Federal Socialista de Yugoslavia estaba originalmente integrada por seis Repúblicas, a saber, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia. Después del término de la Unión Soviética, a fines de la década de los 80s, tras un período de crisis política y económica, las Repúblicas de Eslovenia y Croacia

²⁸¹ Ibidem, p. 11 – 12.

empezaron a separarse del resto del país, fracasando los esfuerzos de la presidencia federal colectiva para poner fin a los conflictos y negociar una nueva estructuración estatal. En junio de 1991, Croacia y Eslovenia se declararon independientes de Yugoslavia, comenzando una serie de hostilidades, ya que los serbios residentes en Croacia, con el apoyo del ejército popular yugoslavo, se opusieron a la iniciativa. Para septiembre, la lucha se había convertido en una guerra abierta entre Croacia y Serbia. La situación se complicaría decididamente cuando en marzo de 1992, Bosnia-Herzegovina también declaró su independencia, acto que fue apoyado por los croatas y musulmanes de Bosnia, pero impugnado por los serbios de Bosnia.²⁸²

Naciones Unidas comenzó a intervenir en el conflicto yugoslavo el 25 de septiembre de 1991, cuando el Consejo de Seguridad impuso un embargo de armamentos a Yugoslavia e invitó al Secretario General a que ofreciera su asistencia en apoyo de los esfuerzos de paz de la Comunidad Europea. En octubre del mismo año, el Secretario General nombró al señor Cyrus VANCE como su enviado especial en Yugoslavia. El enviado especial emprendió negociaciones de paz con todas las partes en conflicto, que dieron como resultado acuerdos de cesación del fuego en Croacia y el establecimiento de una operación de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. El 21 de febrero de 1992, “pese a que algunos grupos políticos seguían expresando objeciones contra el plan de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad estableció la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR), con el mandato de crear las

²⁸² NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, *ABC de las Naciones Unidas*. Nueva York, 1995, p. 124.

condiciones de paz y seguridad necesarias para la negociación de un arreglo en el marco de la Conferencia sobre Yugoslavia de la Comunidad Europea”.²⁸³

Para junio de 1992 se habían recibido numerosos informes de “depuración étnica”, esto es, eliminación de un grupo étnico por los miembros de otros grupos étnicos que controlan un territorio, en su mayor parte, “realizada por las fuerzas serbias en Bosnia”. A raíz de ello, “El número de refugiados y personas desplazadas había aumentado a más de 2,2 millones”, lo que fue considerado “la mayor crisis de refugiados ocurrida en Europa desde la Segunda Guerra Mundial”.²⁸⁴

El Consejo de Seguridad adoptó la resolución 808 de 22 de febrero de 1993, en virtud de la cual, considerando que la situación de la ex-Yugoslavia constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, decidió la creación de un “Tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia, cometidas a partir de 1991”. En esa misma resolución, el Consejo pidió al Secretario General que preparara un informe sobre la manera de establecer dicho Tribunal.²⁸⁵

El 27 de mayo de 1993, el Consejo aprobó la resolución 827, en la cual expresa su alarma por las violaciones flagrantes y generalizadas al derecho internacional humanitario, que incluye asesinatos en masa, detenciones y violaciones de mujeres de forma masiva, organizada y sistemática, y la continuación de la práctica de “depuración étnica”, para la adquisición o retención del territorio; determina que la situación sigue

²⁸³ Ídem.

²⁸⁴ Ibídem, p. 125.

²⁸⁵ QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen XLVI, 1994, p. 61.

constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales; se manifiesta convencido de que la creación de un tribunal internacional por parte del Consejo de Seguridad, como medida *ad hoc*, permitirá la restauración y el mantenimiento de la paz; por lo que reafirma su decisión de crear un tribunal. El Consejo de Seguridad invocando el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, aprobó tanto el informe del Secretario General como el Estatuto del tribunal anexo al mismo.²⁸⁶

6.2. Establecimiento del Tribunal

Precisemos que, según el artículo 24 de la Carta de San Francisco, los Estados miembros de Naciones Unidas, “*confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad*”. Esta disposición se complementa con el artículo 25, según el cual “*Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta*”.

Según el capítulo VII de la Carta, corresponde únicamente al Consejo de Seguridad determinar cuándo existe una amenaza para la paz y seguridad mundial,²⁸⁷ y frente a ella puede adoptar diversas medidas, algunas de las cuales implican el uso de la fuerza²⁸⁸ y otras no.²⁸⁹ En cuanto a estas últimas, el artículo 41 dispone que “*El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones*” señalando más adelante, a modo

²⁸⁶ S/RES/827(1993). El texto íntegro de la resolución del Consejo de Seguridad está disponible en: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml>

²⁸⁷ Artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas.

²⁸⁸ Artículo 42 ídem.

²⁸⁹ Artículo 41 ídem.

de ejemplo, que estas medidas *“podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”*.

A pesar de los términos amplios en que están expresadas las facultades del Consejo de Seguridad, existieron razonables dudas en cuanto a si el Consejo se estaba extralimitando o no en sus facultades al crear un Tribunal Internacional. Sin embargo, fue el propio Secretario General de Naciones Unidas quien propuso y avaló esta fórmula.

Según explica el Secretario General de Naciones Unidas en su Informe al Consejo, en circunstancias normales un Tribunal internacional debería establecerse mediante la conclusión de un tratado internacional en el cual además se aprobara su Estatuto, por un cuerpo internacional apropiado, como la Asamblea General o bien una Conferencia convocada especialmente al efecto, seguido de la correspondiente firma y ratificación del tratado.²⁹⁰ Pero, si bien esta solución presenta varias ventajas, su establecimiento tomaría demasiado tiempo (en espera del número de ratificaciones suficientes para su entrada en vigor), pero además tampoco garantizaría la ratificación por parte de aquellos Estados en conflicto, en los cuales se requiere con urgencia su implementación.²⁹¹

El informe del Secretario General añade también que ha recibido numerosas propuestas en orden a que el Tribunal sea establecido por la Asamblea General, ya que es el órgano

²⁹⁰ Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, de 3 de mayo de 1993, Párrafo 19. Disponible en formato electrónico en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf Web del Tribunal, y <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/248/35/IMG/N9324835.pdf?OpenElement> web de Naciones Unidas.

²⁹¹ Ibidem, párr. 20.

más representativo de Naciones Unidas; sin embargo, ello tampoco resultaría compatible con la urgencia expresada por el Consejo de Seguridad.²⁹²

Por ello, cree el Secretario General que para una efectiva y expedita implementación el Tribunal internacional debería ser establecido por el propio Consejo de Seguridad, invocando el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, como una medida para mantener o restaurar la paz y seguridad internacional. Esta alternativa, además de ser expedita, tiene la ventaja de que su implementación se haría inmediatamente efectiva en todos los Estados, quienes tienen la obligación de cumplir cualquier medida que adopte el Consejo en virtud del Capítulo VII de la Carta.²⁹³

Anticipándose a los cuestionamientos, el Secretario General expresa en su informe que una decisión de este tipo, se encuentra legalmente justificada y es consistente con la práctica anterior del Consejo. Recuerda que el Consejo de Seguridad ha recibido continuos informes de expertos que dan cuenta de violaciones masivas al derecho internacional humanitario, las que incluyen “depuración étnica”, y ha adoptado previamente otras medidas tendientes a poner fin a la amenaza para la paz y seguridad mundial que ellas representan, entre otras, el envío de tropas al territorio de Bosnia-Herzegovina, advirtiéndole que tomaría nuevas medidas si las partes en conflicto no respetaban el derecho internacional humanitario, en particular, las Convenciones de Ginebra de 1949, y que las personas que cometen infracciones graves a ellas, son responsables individualmente. Además, en la Resolución 808 (1993) el Consejo manifestó su convencimiento de que, en las circunstancias especiales de la ex Yugoslavia, el establecimiento de un Tribunal Internacional y el juicio de las personas

²⁹² Ibidem, párr. 21.

²⁹³ Ibidem, párr. 22 – 23.

responsables podría contribuir a poner fin a tales crímenes y al restablecimiento y mantenimiento de la paz. Puntualiza también que el Consejo ya ha creado en ocasiones previas órganos subsidiarios invocando el capítulo VII de la Carta, lo que está previsto en el artículo 29 de la misma,²⁹⁴ y el Tribunal internacional, creado de esta manera, tendría la misma naturaleza de órgano subsidiario.²⁹⁵

6.3. El Estatuto y el Principio de Legalidad

6.3.1. *El informe del Secretario General de Naciones Unidas*

El Estatuto del Tribunal es bastante breve, y no contiene una especificación de motivos del Estatuto mismo, ni explicaciones en cuanto a la *ratio legis* de cada disposición en particular. Para ello, hay que remitirse nuevamente al informe del Secretario General de Naciones Unidas, cuyo anexo contiene el Estatuto.

El Secretario General primeramente advierte que el Consejo no debería crear Derecho sino más bien disponer que el Tribunal internacional aplique el derecho internacional humanitario ya existente.²⁹⁶ Ahora bien, este cuerpo jurídico existe de dos formas, como derecho convencional y como derecho consuetudinario. Ambas categorías pueden superponerse, y de hecho con frecuencia lo hacen. Algunas de las más importantes convenciones humanitarias forman parte, a su vez, del derecho consuetudinario, pero hay también normas consuetudinarias que no están recogidas en las convenciones.²⁹⁷

²⁹⁴ El Artículo 29 dispone: El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones.

²⁹⁵ Report of the Secretary-General, S/25704, ob. cit., párr. 24 – 28.

²⁹⁶ Ibidem, párr. 29.

²⁹⁷ Ibidem, párr. 33.

A continuación, el Secretario General indica que, en su opinión, el principio *nullum crimen sine lege* exige al tribunal internacional el deber de aplicar derecho internacional humanitario que sea, más allá de toda duda, parte del derecho consuetudinario, debido al problema de la falta de adhesión a las convenciones específicas por parte de algunos, aunque no de todos, los Estados.²⁹⁸

Explicemos brevemente esta afirmación. En la medida en que las distintas Repúblicas fueron separándose de la federación yugoslava, nuevos Estados independientes surgieron, los cuales evidentemente no eran parte en ninguna convención internacional. De todas formas, algunos de estos nuevos Estados rápidamente se adhirieron a una serie de convenciones, entre otras, las relacionadas con el derecho internacional humanitario, que regula los conflictos armados. No obstante, muchas de las masacres y otros desastres humanitarios tuvieron lugar en un territorio y en un tiempo en el que tales convenciones no se encontraban vigentes por vía acordada. Debido a ello, y dado que varias de las convenciones internacionales sobre conflictos armados forman parte del derecho consuetudinario, tales convenciones pueden ser aplicadas no en cuanto tratado, sino como costumbre internacional.

Tras esta declaración y no contentándose con ello, el Secretario General procede a identificar las convenciones internacionales que serían, más allá de toda duda, parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, que son: Las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949; el IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento anexo, de 1907; la Convención para la Prevención y

²⁹⁸ Ibidem, párr. 34.

Sanción del Delito de Genocidio de 1948; y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945.²⁹⁹

El Secretario General también da cuenta de que se ha sugerido que el tribunal internacional debería aplicar el derecho interno en la medida en que éste incorpora el derecho internacional humanitario, alternativa que descarta por estimar que el derecho internacional humanitario, por sí mismo, ofrece una base suficiente para establecer la competencia del tribunal con respecto a la materia (*ratione materiae*), con una excepción, el establecimiento de la penalidad.³⁰⁰

6.3.2. El Estatuto

Concordantemente, el artículo 1º del Estatuto, dispone que el Tribunal está facultado para juzgar a los presuntos responsables de “violaciones al derecho internacional humanitario” cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, “según las disposiciones del presente Estatuto”.

En los artículos siguientes, el Estatuto define uno a uno los delitos por los cuales se juzgará tales violaciones al derecho internacional humanitario, que corresponden a aquellas convenciones e instrumentos internacionales identificados por el Secretario General que forman parte, más allá de toda duda, del derecho internacional consuetudinario.

Así, el artículo 2 se titula “Infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949”,³⁰¹ el artículo 3 se refiere a “Violaciones de las leyes o costumbres de la

²⁹⁹ Ibidem, párr. 35.

³⁰⁰ Ibidem, párr. 36.

³⁰¹ Artículo 2. Infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949. El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a las

guerra”,³⁰² el artículo 4 versa sobre “Genocidio”,³⁰³ y el artículo 5 trata de sobre los “Crímenes contra la humanidad”.³⁰⁴

En cuanto a la penalidad, el Estatuto establece que el Tribunal *sólo impone penas de prisión*, quedando por tanto excluida la pena de muerte, las pecuniarias y otras como las privativas o restrictivas de otros derechos. El Estatuto no asigna una pena o un rango de pena a cada delito en particular. Para su determinación, el Tribunal *recurre a las normas de penas de prisión aplicadas por los tribunales de la ex-Yugoslavia*,³⁰⁵

Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención: a) El homicidio intencionado; b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas; f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial; g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; h) La toma de civiles como rehenes.

³⁰² Artículo 3. Violaciones de las leyes o costumbres de guerra. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes: a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; e) El pillaje de bienes públicos o privados.

³⁰³ Artículo 4. Genocidio. 1. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido genocidio, tal cual está definido en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo. 2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo. 3. Los siguientes actos serán castigados: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.

³⁰⁴ Artículo 5. Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

³⁰⁵ Art. 24.1 del Estatuto.

Para el establecimiento de la pena concreta, el Tribunal debe tener en cuenta *factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado*.³⁰⁶ La expresión, “factores como”, denota que no se trata de los únicos criterios posibles.

Finalmente, el Estatuto dispone que, además del encarcelamiento, el Tribunal puede ordenar la restitución de bienes y recursos arrebatados a sus propietarios por medios ilícitos,³⁰⁷ lo que, más que una pena, parece ser una norma restitutoria de carácter civil.

Finalmente, digamos que el Estatuto prevé el establecimiento de Reglas de Procedimiento y Prueba, que complementen las normas procesales que el mismo Estatuto contempla.³⁰⁸

7. Tribunal Internacional Para Ruanda

7.1. Antecedentes

En octubre de 1990 estallaron en Ruanda conflictos internos y transfronterizos entre las Fuerzas Armadas del Gobierno de Ruanda controlado por el grupo étnico Hutu, y el Frente Patriótico Ruandés (FPR) de la etnia Tutsi que operaba desde Uganda y zonas del norte de Ruanda. Con miras a una solución pacífica del conflicto, tanto Ruanda como Uganda pidieron al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que desplegara observadores militares a lo largo de la frontera común para evitar enfrentamientos en esa zona. Después de ser previamente enviada una misión de buena voluntad, una misión técnica y asistencia humanitaria en ayuda de 900.000 personas desplazadas por

³⁰⁶ Art. 24.2 del Estatuto.

³⁰⁷ Art. 24.3 del estatuto.

³⁰⁸ Art. 20.1, 20.4, 22 y 27. del Estatuto.

la guerra, el 22 de junio de 1993, el Consejo de Seguridad estableció la “Misión de Observadores de las Naciones Unidas para Uganda y Ruanda” (UNAMUR).³⁰⁹

El 4 de agosto del mismo año, concluyeron exitosamente las conversaciones de paz, suscribiéndose un acuerdo que preveía un Gobierno de Transición de amplia base, que se mantendría hasta que tuvieran lugar elecciones que dieran paso a un gobierno elegido democráticamente. Para garantizar la aplicación del acuerdo, el Gobierno Ruandés y el FPR pidieron a las Naciones Unidas el establecimiento de otra fuerza internacional. El 5 de octubre, el Consejo de Seguridad estableció la “Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda” (UNAMIR), que debería permanecer en Ruanda hasta la celebración de las elecciones y la instauración del nuevo gobierno.³¹⁰ Sin embargo, la situación interna se deterioró rápidamente, dificultando el despliegue y operación de la UNAMIR, lo que retrasó la aplicación del acuerdo de paz. Las negociaciones prosiguieron con dificultad.³¹¹

El 6 de abril de 1994 el Presidente de transición de Ruanda, Juvénal Habyarimana, y el Presidente de Burundi, Cyprien Ntaryarima, resultaron muertos a causa de un ataque con cohetes dirigido contra el avión en que regresaban de las conversaciones de paz en Tanzania. Este incidente, “dio lugar a un torrente de violencia y matanzas con dimensiones políticas y étnicas”. El Primer Ministro y miembros de gabinete, así como funcionarios de gobierno y los propios miembros de la UNAMIR, “fueron las primeras víctimas de la carnicería” que ya el 8 de abril, esto es en apenas dos días, había “asumido proporciones de genocidio”. Según las informaciones de Naciones Unidas las

³⁰⁹ NACIONES UNIDAS, *ABC de las Naciones Unidas*, ob. cit., pp. 51 – 52.

³¹⁰ Lo cual se había previsto para octubre de 1995.

³¹¹ NACIONES UNIDAS, *ABC de las Naciones Unidas*, ob. cit., p. 52.

matanzas habrían sido perpetradas principalmente por “miembros de las Fuerzas Armadas, la Guardia Presidencial, y la milicia joven del partido de gobierno”.³¹²

Ante tal tragedia, el Consejo de Seguridad estableció que la situación en Ruanda constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, procediendo a adoptar medidas en conformidad al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, tales como embargo de armas, la disposición de 5.500 efectivos, y una operación humanitaria multinacional, para la protección de personas desplazadas, refugiados y civiles en inminente peligro. Esta operación humanitaria fue patrocinada por el Gobierno de Francia, y se estableció en el sureste de Ruanda, siendo conocida como “Operación Turquoise”. Gracias a ella, el 21 de agosto la UNAMIR pudo hacerse cargo de sus responsabilidades en la zona.³¹³

El 18 de julio de 1994, el FPR tras haber tomado el control de Ruanda, excepto la zona de protección humanitaria, declaró unilateralmente la cesación del fuego, con lo que se puso fin a la guerra civil. Al día siguiente se instaló, por un período transitorio de cinco años, un gobierno de unidad nacional de amplia base, que declaró su compromiso con los acuerdos de paz, la reconciliación y reconstrucción nacional, y aseguró a la UNAMIR su colaboración con el regreso de los refugiados.³¹⁴

En tanto, el Consejo de Seguridad había establecido una Comisión de Expertos que en septiembre de ese año, informó de la existencia de “pruebas concluyentes” de que “elementos Hutu habían perpetrado actos de genocidio contra el grupo Tutsi de manera

³¹² Ibidem, pp. 52 – 53.

³¹³ Ibidem, pp. 53 – 54.

³¹⁴ Ibidem, p. 54

concertada, planificada, sistemática y metódica”.³¹⁵ Las estimaciones indicaban que la población de Ruanda había descendido de 7,9 a 5 millones de personas aproximadamente; un millón de víctimas fatales y el restante entre desplazados y refugiados en países vecinos. Posteriormente, la Comisión recomendó que el Consejo de Seguridad tomara todas las acciones necesarias y efectivas para asegurar que los individuos responsables fueran llevados ante la justicia, preferentemente, ante un Tribunal internacional independiente e imparcial.³¹⁶

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 955, en la cual, actuando bajo el capítulo VII de la Carta, decidió establecer un “Tribunal Internacional para la persecución de la responsabilidad de personas por genocidio y otras serias violaciones al Derecho Humanitario Internacional cometidas en el territorio de Ruanda y la responsabilidad de ciudadanos ruandeses por genocidio y otras violaciones similares cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994”, en breve, El Tribunal Internacional para Ruanda.

7.2. Establecimiento del Tribunal

Al igual que el Tribunal yugoslavo, el Tribunal para Ruanda fue establecido por el Consejo de Seguridad en aplicación del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, detentando también el carácter de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad. Según el Secretario General de Naciones Unidas el establecimiento del Tribunal en virtud del capítulo VII era necesario por dos razones, primero, para asegurar la cooperación de

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ AKHAVAN, Payam, “The International Criminal Tribunal For Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”. *American Journal of International Law*, Vol. 90, N°3, 1996, p. 502.

todos los Estados, incluido el Estado ruandés, y segundo, para asegurar el establecimiento rápido y expedito del Tribunal.³¹⁷

Pese a que la Comisión de Expertos para Ruanda en un documento borrador propuso inicialmente la enmienda del mandato del Tribunal yugoslavo para extender su jurisdicción a los crímenes cometidos en Ruanda, la propuesta fue rechazada a causa del recelo de algunos miembros del Consejo de Seguridad en orden a que la expansión de la jurisdicción *ad hoc* existente, pudiera conducir a un Tribunal único que tomara gradualmente las características de una institución judicial permanente. Por tales razones, el Consejo de Seguridad eventualmente optó por establecer un Tribunal separado para Ruanda.³¹⁸ No obstante, y para mantener la unidad de criterios, hasta el año 2003, ambos tribunales compartieron la misma fiscalía, y hasta la actualidad las salas de apelaciones están integradas por jueces de ambos tribunales.³¹⁹

Un hecho digno de destacar y que diferencia el establecimiento del Tribunal yugoslavo del ruandés, es que en el caso de este último, fue el propio Gobierno ruandés el que abogó por la creación de una jurisdicción criminal internacional *ad hoc* – como parte afectada así como Estado miembro del Consejo de Seguridad – participando en todas las deliberaciones sobre el Estatuto y en las negociaciones que condujeron a la adopción de la Resolución 955 que creó el Tribunal. En Opinión de AKHAVAN, esta situación se debió en gran parte a la derrota militar del grupo responsable del genocidio, de manera

³¹⁷ BOUTROS-GHALI, Boutros, “The United Nations and Rwanda 1993-1996”. *The United Nations Blue Books*. Volume X, 1996, p. 65.

³¹⁸ AKHAVAN, Payam, ob. cit., p. 502.

³¹⁹ WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Jessberger, Florian; Burchards, Wulf; et. Al. colaboradores. DÍAZ PITA, María del Mar, coordinadora; Cárdenas, Claudia et. Al. traductores. 2ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 61

que el Gobierno sucesor (coalición dominada por el victorioso Frente Patriótico Ruandés) se alzó en pro del castigo y aislamiento político de sus predecesores.³²⁰

Durante las deliberaciones del Consejo de Seguridad, el representante ruandés invocó cuatro argumentos básicos a favor del establecimiento del Tribunal. Primero, que el genocidio cometido en Ruanda debiese ser reprimido por la comunidad internacional como un todo. En segundo lugar, la necesidad de evitar cualquier sospecha de un deseo de organizar una justicia acelerada y vengativa, pues, en lugar de una “justicia del vencedor”, una presencia internacional podría asegurar una justicia ejemplarizadora que podría ser vista como absolutamente limpia e imparcial. La tercera razón fue que, según el Gobierno ruandés, es imposible construir un Estado de Derecho y arribar a una verdadera reconciliación nacional, sin erradicar “la cultura de la impunidad” que ha caracterizado a la Sociedad ruandesa, enfatizando que, quienes han pensado que es aceptable matar porque se les antoja, porque la víctima es de un grupo étnico diferente o de un partido opositor, no pueden contribuir a la reconciliación nacional hasta que hayan aprendido nuevos valores. Finalmente, el Gobierno ruandés adujo una razón práctica, que el establecimiento de un Tribunal internacional podría facilitar la captura de los criminales que han encontrado refugio en naciones extranjeras.³²¹

Por ello, y considerando tan poderosos argumentos, es absolutamente paradójico que el representante ruandés ante el Consejo de Seguridad haya votado finalmente en contra de la Resolución 955 que creó el Tribunal.

A diferencia del Estatuto yugoslavo, el cual fue aprobado unánimemente por el Consejo de Seguridad, el Estatuto ruandés fue adoptado con el voto disidente de Ruanda, además

³²⁰ AKHAVAN, Payam, ob. cit., p. 504.

³²¹ Ibidem, pp. 504 – 505.

de la abstención de China. El representante Chino consideró poco cauto votar apresuradamente el proyecto de Resolución y Estatuto que el Gobierno ruandés todavía encontraba difícil de aceptar.³²²

Las razones principales de la negativa final de Ruanda no tienen relación con la necesidad misma del Tribunal, sino con el Estatuto y las pocas proyecciones de éxito que visualizó el Gobierno. La delegación ruandesa sostuvo varias reuniones con el redactor del proyecto de resolución inicial requiriendo enmiendas al texto, algunas de las cuales tuvieron éxito en introducir, pero no estuvieron finalmente satisfechos con la Resolución 955. Las principales objeciones del Gobierno ruandés fueron, entre otras, las siguientes: a) Jurisdicción temporal del Tribunal demasiado estrecha, por cuanto según el Estatuto ésta se extiende desde enero hasta diciembre de 1994, en circunstancias que la guerra civil había comenzado en 1990; b) Composición y estructura del Tribunal inapropiada, dada la magnitud de la tarea encomendada, al contar con una sala de apelaciones y un fiscal común con el Tribunal Yugoslavo; c) Escasez de recursos humanos y financieros asignados; d) que el asiento del Tribunal no fue establecido en Ruanda como este país pretendía; e) la no aplicación de la pena de muerte, ya que estando contemplada en el Código Penal de Ruanda, fue expresamente excluida del Estatuto, resultando más benévola la justicia internacional que la nacional. Concluye AKHAVAN señalando que, a pesar del voto disidente del Gobierno ruandés, posteriormente se demostró que muchas de sus aprensiones habían sido infundadas.³²³

³²² Ibidem, p. 505, en nota al pie nº 28.

³²³ Ibidem, p.508.

7.3. El Estatuto y el Principio de legalidad

El Estatuto del Tribunal tiene muchas disposiciones idénticas a las de Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, pero otras, son notable diferentes.

Una de estas diferencias entre los Tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia está relacionada con el ámbito de materias sujetas a su jurisdicción, ya que el Consejo de Seguridad al elaborar los Estatutos consideró que el conflicto de la antigua Yugoslavia era internacional,³²⁴ y el caso ruandés es marcadamente nacional. Por esta razón, en principio, no serían aplicables en el caso ruandés las normas que rigen para conflictos bélicos internacionales, sino los internos.

7.4. Críticas y comentarios sobre los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Javier QUEL LÓPEZ da cuenta de la discusión generada con respecto a si el Consejo de Seguridad verdaderamente tiene la facultad de establecer un Tribunal internacional. QUEL, nos dice que el debate sobre el Tribunal, “ha generado dudas razonables y cierto sentimiento de rechazo al mismo, a partir del carácter selectivo y discriminador de tal órgano, por obedecer a intereses de un grupo reducido de Estados y por ser la pieza de una posible estrategia de diversión de la atención pública ante la falta de otras acciones que impidan la aceptación de los resultados de un acto de agresión o de genocidio”.³²⁵

³²⁴ Sin embargo y como veremos más adelante, con la interpretación que ha hecho la Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia (que entonces era común con el Tribunal para Ruanda) en el caso contra Dusko Tadic, sostuvo que en el territorio de la antigua Yugoslavia existieron ambos tipos de conflictos, internos e internacionales, y que las infracciones al artículo común 3º de las Convenciones de Ginebra, que regulan los conflictos armados internos, también son crímenes de guerra según el derecho internacional humanitario consuetudinario.

³²⁵ QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, ob. cit., p. 62.

El jurista francés Alain PALLET, preocupado fundamentalmente del Consejo de Seguridad, advierte que, este organismo estaba muy consciente de que la resolución 827 de 1993, sería jurídicamente válida sólo si y en la medida en que, el establecimiento del tribunal contribuye a la restauración y el mantenimiento de la paz.³²⁶

En cuanto al principio de legalidad, digamos que es criticable que estemos en presencia de Tribunales creados por el Consejo de Seguridad *ex post facto*, comprometiendo seriamente la garantía jurisdiccional, a pesar de que no se haya puesto en duda su imparcialidad. En el ámbito sustantivo, tampoco parecen haber cuestionamientos con respecto a la principio *nullum crimen sine lege praevia*, ya que los delitos ya estaban establecidos por la comunidad internacional, sino más bien en cuanto a la *lex certa y stricta*.

Buena parte de estos cuestionamientos fueron tempranamente vertidos en el primer caso que fuera juzgado por el Tribunal para la ex Yugoslavia, el caso *Tadic*.

El 14 de agosto de 1995, la defensa de Dusko Tadic interpuso una “apelación Interlocutoria”. El acusado atacó la jurisdicción del Tribunal bajo tres líneas de argumentación: primero, que el Tribunal no había sido establecido válidamente, porque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas carecía del poder para hacerlo; segundo, que la primacía de la jurisdicción del Tribunal sobre las Cortes nacionales, como está prevista por el Estatuto del Tribunal, no es legal; y, tercero, que el Tribunal carece de jurisdicción sobre las materias señaladas en la acusación, porque los artículos del Estatuto invocados (artículos 2, 3 y 5) son aplicables solamente a los conflictos

³²⁶ PELLET, Alain “Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie - poudre aux yeux ou avancée décisive?” *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 31.

armados internacionales, y los crímenes por los que se le acusa, si es que son probados, están relacionados con un conflicto armado interno.³²⁷

Con respecto a la validez de la creación del Tribunal, la Sala de Apelaciones sostuvo que el Consejo de Seguridad tenía la facultad para invocar el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y adoptar las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales.³²⁸ En cuanto a la primacía del Tribunal sobre las Cortes nacionales, la Sala de Apelaciones reconoció el derecho del acusado para hacer tal alegación, pero la desestimó sobre la base de que su primacía está establecida precisamente para prevenir que el foro se convirtiera en una feria o en cómplice de procedimientos fingidos para encubrir criminales.³²⁹ Sobre el argumento de que las materias por las cuales Tadic fue acusado no están sometidas a jurisdicción del Tribunal, por cuanto el conflicto no era internacional sino que interno, la Sala de Apelaciones concluyó que ambos tipos de conflictos existían en el territorio de la ex-Yugoslavia, y que las infracciones al derecho internacional humanitario, en ambos casos, constituyen un crimen de guerra.³³⁰

Frente a esta última afirmación del tribunal, en mi opinión, existen dos posibilidades. Una es estimar que las infracciones al derecho internacional humanitario ya eran previamente crímenes de guerra según el derecho consuetudinario, siendo en consecuencia la sentencia “clarificadora” con respecto a una situación previamente incierta. La otra alternativa es reconocer que la Sala de Apelaciones ha efectuado una interpretación “dinámica”, adecuando el derecho existente a nuevas situaciones

³²⁷ ALDRICH, George, “Jurisdiction Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia”. *American Journal Of International Law*. Vol. 90, N° 1, January 1996, p. 64.

³²⁸ *Ibidem*, p. 65.

³²⁹ *Ídem*.

³³⁰ *Ibidem*, p. 66.

jurídicas. Volveremos sobre esto más adelante. Por ahora, sólo haremos notar que los cuestionamientos dicen relación con la amplitud de las interpretaciones judiciales, *lex stricta*, y con la eventual prohibición de interpretaciones judiciales retroactivas, *lex praevia*.

8. El establecimiento de tribunales penales internacionalizados o híbridos

Se trata de tribunales que tienen componentes nacionales e internacionales a la vez, que constituyen distintos esfuerzos por alcanzar la justicia en situaciones complejas. Entre los ejemplos más significativos está el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales en Timor Oriental, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, la Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal Estatal de Bosnia-Herzegovina, y el Tribunal Especial para el Líbano,³³¹ así como la utilización de jueces y fiscales internacionales en procesos penales en Kosovo.³³²

Lo característico de estas experiencias es que, de una forma u otra, se pretende involucrar a Naciones Unidas, ya sea mediante el sustento jurídico de los tribunales, elección de jueces y fiscales internacionales o el derecho aplicable. Al igual que los tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda, son tribunales *ad hoc*, dotados de competencia temporal y territorial acotadas, pero se diferencian en que tienen asiento en el país de ocurrencia de los hechos. Han surgido como una necesidad, dado que los respectivos Estados no estaban en condiciones de sancionar los crímenes por sus propios medios. Asimismo, Naciones Unidas favoreció estas iniciativas, dados que son menos resistidos, al no ser vistos como una intromisión foránea. Además, se ha tenido en consideración los elevados costes y las limitadas capacidades de los Tribunales Internacionales *ad hoc*

³³¹ WERLE, Gerhard, 2011, ob. cit., p. 73

³³² Ibidem, p. 74

de Ruanda y la ex Yugoslavia. Debido a todo ello, la jurisprudencia de estos tribunales es ciertamente menos relevante.³³³

9. La Corte Penal Internacional

Como hemos visto, la Corte Penal Internacional es el resultado de un largo proceso y no, como pudiera pensarse, una idea nueva surgida tras los Tribunales *ad – hoc* de Ruanda y la ex Yugoslavia, aun cuando el establecimiento de ellos contribuyó a reactivar y acelerar el proyecto de crear una Corte Penal Internacional, por tantos años olvidado. Retomaremos aquí los proyectos de Código de Crímenes y de Corte, los cuales después de ser reactivados confluyen finalmente en Estatuto de Roma.

9.1. Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad

En 1991, ya en otro escenario político internacional, se aprobó un nuevo borrador del Código.³³⁴ La Asamblea General, en su resolución 46/54 de 9 de diciembre de 1991, llamó a los gobiernos a presentar sus comentarios y observaciones.³³⁵ Con estos comentarios y observaciones, la Comisión preparó el segundo borrador, que vio la luz en 1996 (cuando ya existían los Tribunales para la ex – Yugoslavia y Ruanda) siendo aprobado el texto definitivo del “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad”.³³⁶

³³³ Ibidem, pp. 74 – 75

³³⁴ NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, ob. cit., p. 174.

³³⁵ Ibidem, p. 175.

³³⁶ NACIONES UNIDAS. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en el 48º Período de Sesiones*. Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/19). Naciones Unidas, Nueva York, 1996, p. 10 y ss.

El informe de la Comisión de Derecho Internacional, sobre su labor realizada durante el 48º período de sesiones, que contiene el proyecto final de 1996, tiene una introducción general y cada artículo es seguido de un comentario explicativo con la historia y evolución de cada norma. Es importante también tener presente que la mayoría de las disposiciones del proyecto se encuentran plenamente vigentes y son aplicables y aplicadas tanto por los Tribunales internacionales como domésticos, ya sea porque han sido establecidos a través de tratados o convenciones, o porque se ha entendido que forman parte del derecho internacional consuetudinario, de modo que, en opinión de sus redactores, el proyecto viene a sistematizar orgánicamente las normas dispersas y despejar las dudas de los Estados más reacios a su aplicación, más que crear derecho nuevo.³³⁷ La Comisión explica que: “Con el fin de llegar a un consenso, la Comisión ha limitado considerablemente el alcance del proyecto de Código. En la primera lectura, en 1991, el proyecto de código incluía una lista de 12 categorías de crímenes. Algunos miembros han manifestado su pesar por esta limitación del alcance del código. La Comisión ha tomado esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes de derecho Internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del Derecho”.³³⁸

³³⁷ Así está dicho en el preámbulo.

³³⁸ NACIONES UNIDAS. *Informe de la Comisión...* ob. cit. pp. 14 – 15. Consignemos sumariamente aquí el contenido del articulado. El proyecto contiene una parte I, titulada “Disposiciones Generales”, que trata los temas siguientes: El artículo 1 se refiere al ámbito de aplicación del Código; el artículo 2 se titula Responsabilidad Individual, y tras declarar la responsabilidad personal, trata los distintos tipos de autoría y participación; el artículo 3 está referido al castigo, disponiendo que el responsable será sancionado con una pena en proporción a la naturaleza y gravedad del crimen; el artículo 4 se denomina Responsabilidad de los Estados, el que se limita a aclarar que la responsabilidad individual de que trata el código es sin perjuicio de la que corresponda a los Estados de conformidad al Derecho Internacional; el artículo 5 elimina las órdenes del gobierno o del superior jerárquico como eximentes de responsabilidad, sin perjuicio de constituir atenuantes «si así lo exige la equidad»; el artículo 6 se refiere a la responsabilidad

En lo que respecta al principio de legalidad, el artículo 13 del Proyecto de Código se titula “Irretroactividad” y dispone lo siguiente:

1. *Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor.*
2. *Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional.*

En el comentario de la Comisión sobre este artículo, explica que el derecho penal “fija una norma de conducta para guiar el comportamiento subsiguiente de los individuos”, por lo que “el encausamiento y castigo de un individuo por una acción u omisión no prohibida cuando decidió actuar o dejar de actuar sería manifiestamente injusto”. Acto seguido, la Comisión indica que “La prohibición de aplicar retroactivamente el derecho penal se refleja en el principio nullum crimen sine lege.” La Comisión cita los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen el principio. Luego, aclara que la formulación del principio se hace para el caso de aplicación del código, pero que no excluye que conductas previas puedan ser juzgadas sobre la base de un

del superior jerárquico por el crimen cometido por un subordinado, cuando el superior sabía o no podía menos que saber, dadas las circunstancias del caso, que se iba a cometer o se estaba cometiendo uno de estos crímenes y no hizo nada para impedirlo o reprimirlo; el artículo 7 preceptúa que el carácter oficial del autor, incluso la calidad de jefe de Estado, no constituye eximente ni atenuante de responsabilidad penal; el artículo 8 señala que sin perjuicio de la jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional, corresponde a cada Estado parte adoptar las medidas necesarias para juzgar los crímenes que el código prevé; el artículo 9 consagra el principio *aut dedere aut judicare*, siendo obligación de cada Estado parte conceder la extradición o juzgar a los presuntos responsables; el artículo 10 regula la extradición de los presuntos culpables; el artículo 11 se ocupa de las garantías judiciales; el artículo 12 establece el principio *non bis in idem*; el artículo 13 trata del principio de la irretroactividad penal; el artículo 14 se ocupa de las circunstancias eximentes de responsabilidad; el artículo 15 de las circunstancias atenuantes de responsabilidad. La parte II del proyecto, se titula «Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», estableciendo en los artículos que siguen la tipificación de los delitos: El artículo 16 establece el crimen de agresión; el artículo 17 está dedicado al crimen de genocidio; el artículo 18 a los crímenes contra la humanidad; el artículo 19 se ocupa de los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado; y el artículo 20 de los crímenes de guerra.

fundamento jurídico diferente, citando como ejemplo el delito de genocidio, considerando que en este caso podría ser juzgado con base en la Convención o como norma de derecho consuetudinario. Explica además que el principio de irretroactividad que el artículo recoge “se aplica también a la imposición de una pena más severa que la aplicable en el momento en que se cometió la infracción penal.”³³⁹

El texto definitivo del Proyecto establece cada una de las conductas que deben considerarse delito. El artículo 16 establece el crimen de agresión; el artículo 17 está dedicado al crimen de genocidio; el artículo 18, a los crímenes contra la humanidad; el artículo 19, se ocupa de los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado; y, el artículo 20 de los crímenes de guerra.

En términos generales, se puede sostener que las definiciones son más depuradas y específicas que las contenidas en el Estatuto del Tribunal de Núremberg. Además, se recogen las críticas hechas al Tribunal de Núremberg y se consagra expresamente el principio de irretroactividad penal.

En cuanto a la legalidad de la pena e incluso en cuanto a la irretroactividad de una pena más severa, pese a los comentarios de la Comisión, no hay referencia alguna a ella en el articulado del Proyecto de Código, salvo la afirmación de que “Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional.”³⁴⁰

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, fue finalmente empleado como insumo por el Comité Preparatorio de la Conferencia de

³³⁹ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión...* ob. cit. pp. 77 – 78. El subrayado es del texto original.

³⁴⁰ Artículo 1.2. del Proyecto.

Roma en la que se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Los proyectos originarios de Estatuto de la Corte nunca contuvieron delitos ni principios generales de derecho penal sustantivo, según veremos a continuación.

9.2. Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional

Pese a los numerosos informes de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la necesidad de un Tribunal Penal Internacional, no fue sino hasta el año 1991 en que, mediante resolución 46/54, la Asamblea General “invitó” a la Comisión a continuar sus consideraciones y análisis acerca de la jurisdicción criminal internacional, incluyendo propuestas para el establecimiento de cortes criminales u otros mecanismos jurisdiccionales.³⁴¹

En 1992, en su 44º período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional decidió crear un grupo de trabajo para que se avocara al estudio de una jurisdicción penal internacional. El grupo de trabajo emitió su informe, que sugiere que el Tribunal Penal Internacional sea creado por medio de un estatuto incorporado a un tratado multilateral concertado entre los Estados parte. Este Tribunal, por lo menos en una primera fase, “sólo tendría competencia respecto de los particulares. Su competencia se limitaría a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, además del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, una vez que fuese aprobado y entrado en vigor, pero sin reducirse a éste. Los Estados podrían adquirir la condición de partes en el Estatuto sin convertirse por ello en partes en el Código”.³⁴²

³⁴¹ NACIONES UNIDAS. *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, ob. cit. p. 35.

³⁴² *Ibidem*, p. 36.

La Comisión de Derecho Internacional tomó nota del informe del grupo de trabajo, lo calificó como “viable”, pero entendió que la realización de nuevos trabajos exigía un mandato renovado de la Asamblea General, la que debía decidir si le correspondía elaborar un proyecto sobre el particular. La Asamblea, en su resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992, pidió a la Comisión que prosiguiera su labor y que preparara un proyecto de Estatuto de un Tribunal penal internacional como cuestión prioritaria.³⁴³

En 1994, la Comisión de Derecho Internacional presentó a la Asamblea General el “Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional”, que constaba de 60 artículos divididos en ocho títulos principales.³⁴⁴

En la redacción del Estatuto, se tomaron en consideración los tratados internacionales vigentes, las propuestas anteriores de una corte penal internacional, los Derechos internos de los Estados de distintas tradiciones jurídicas, así como también, muy especialmente, el Estatuto que rige al Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.³⁴⁵

En el Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en el 46° Período de Sesiones, que contiene el Proyecto de Estatuto, se recomendó que se adoptara mediante una conferencia internacional de plenipotenciarios.

³⁴³ *Ibidem*, p. 37.

³⁴⁴ Los Títulos del proyecto trataban sobre las siguientes materias: El título 1 sobre la creación del Tribunal; el título 2 sobre la composición y administración del Tribunal; el título 3 sobre la competencia del Tribunal; el título 4 sobre la instrucción y el procedimiento penal; el título 5 sobre el juicio oral; el título 6 sobre la apelación y la revisión; el título 7 sobre la cooperación internacional y la asistencia judicial; y el título 8 sobre la ejecución de las penas. Ver NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en su 46° Período de Sesiones*. Asamblea General, A/49/335, 1° de septiembre de 1994. Idioma Español.

³⁴⁵ NACIONES UNIDAS. *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, ob. cit. pp. 38 – 39.

En su resolución 49/53 de 9 de diciembre de 1994, la Asamblea General acogió favorablemente el proyecto de Estatuto así como las recomendaciones, y decidió establecer un Comité Especial (*Ad hoc Committee*) abierto a todos los Estados miembros y a organismos especializados para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas derivadas del proyecto de Estatuto y, posteriormente, a la luz de ese examen, considerar los arreglos necesarios para convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios.³⁴⁶

El Comité Especial (*Ad hoc Committee*) trabajó en dos fases o grupos de sesiones durante 1994. En la primera, se dedicó a determinar los principales asuntos administrativos y sustantivos, que dividió en dos grandes materias: (i) la relación de la futura Corte Penal Internacional con los que serían Estados parte y Estados no parte; (ii) los relativos a las reglas generales de derecho penal que debían ser incorporadas. En la segunda fase, se dedicó a efectuar las modificaciones necesarias al proyecto de Estatuto aprobado en 1994. El Comité Especial emitió su informe en 1995, en el cual se propone que sea establecido mediante un tratado internacional, como órgano independiente de Naciones Unidas pero vinculado con ella, con carácter permanente y no convocado cuando fuese necesario, incluyéndose además el principio de complementariedad y una serie de otras consideraciones generales que moldearon las características centrales de la Corte Penal Internacional actual.³⁴⁷

En lo que nos interesa, el Comité Especial consideró que para cumplir con las exigencias de determinación y certeza del procedimiento criminal, el derecho aplicable

³⁴⁶ Ibidem, p. 39.

³⁴⁷ Ver UNITED NATIONS, Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly, Official Records, Fiftieth Session, Supplement No. 22 (A/50/22), New York, 1995. Disponible en formato electrónico en

http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc21168.pdf

por la Corte debiera estar claramente especificado en el Estatuto, lo cual debiera abarcar no sólo los delitos y su penalidad, sino también los principios de la responsabilidad penal individual, las *defences* (causales de exclusión o disminución de la responsabilidad), así como el derecho procesal y probatorio. Mientras algunas delegaciones pensaban que el Estatuto por sí mismo debía contener todo el derecho aplicable, otras delegaciones enfatizaban la importancia de concluir los trabajos del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y otras, finalmente propugnaban vincular el Estatuto al Proyecto de Código.³⁴⁸

Varias delegaciones estuvieron de acuerdo además en incluir expresamente en el Estatuto el principio de no retroactividad penal. Una variante de esta posición era incluir una norma que impidiera a la Corte sancionar a alguien sobre la base del derecho consuetudinario sin que existiera una clara definición del delito en el Estatuto,³⁴⁹ evitando así los cuestionamientos que pesaban sobre el Tribunal para la ex – Yugoslavia.

El Proyecto de Código y de Estatuto de la Corte siempre habían corrido por separado, cada uno con mejor o peor suerte. Sin embargo, “Desde entonces, tanto las reglas sobre el establecimiento y la competencia de un tribunal penal internacional como los tipos penales están contenidas en un único documento.”³⁵⁰

Este informe del Comité Especial es de 1995,³⁵¹ y fue aprobado por la Asamblea General el mismo año, la cual además, mediante la resolución 50/46 de fecha 11 de

³⁴⁸ UNITED NATIONS, Report of the *Ad Hoc* Committee ..., párr. 52, p.10.

³⁴⁹ *Ibidem*, párr. 58, p.12.

³⁵⁰ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p. 69

³⁵¹ Esto es, cuando ya estaban creados los tribunales para la ex – Yugoslavia y Ruanda. Al año siguiente, sería aprobado el proyecto definitivo del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.

diciembre de dicho año, decidió establecer una Comisión Preparatoria (*PrepCom*) de un texto consolidado de aceptación general para su posterior adopción por una conferencia internacional de plenipotenciarios.³⁵²

La Comisión Preparatoria (*PrepCom*) en su primera sesión se dedicó a cuestiones administrativas y procesales, y en su segunda sesión de agosto de 1996 tomó en consideración el recién aprobado Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.³⁵³

Es interesante destacar una iniciativa privada paralela, constituida por un comité de expertos independientes que redactó un proyecto de Estatuto alternativo, denominado más tarde “Proyecto Siracusa”, en el cual participaron, entre otras organizaciones, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo.³⁵⁴ Este proyecto contenía un total de 21 artículos que sintetizaban las principales instituciones de la parte general del derecho penal, muchas de las cuales influyeron en el trabajo de la Comisión Preparatoria.³⁵⁵

El proyecto final de Estatuto sometido a debate en la Conferencia de Plenipotenciarios incorporó los delitos que serían competencia de la Corte, elaborando una definición propia para cada uno de ellos. En el artículo 21 se incorporó el principio *nullum crimen sine lege* y prohibió además la analogía, pero poseía una redacción enredosa basada en

³⁵² El texto de la Resolución está disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/50/a50r046.htm>

³⁵³ AMBOS, KAI, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code”, *European Journal of International Law*, issue vol.7 N°4, 1996, pp. 520 – 521. Versión electrónica disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/7/4/1391.pdf>

³⁵⁴ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p.69 en nota al pie n° 112.

³⁵⁵ AMBOS, KAI, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code”, ob. cit. p. 521.

hipótesis negativas de aplicación.³⁵⁶ En el artículo 22, se reguló de manera separada el principio de irretroactividad referido al Estatuto, el cual concluía con una nota a pie de página que indicaba que sería preciso examinar más detenidamente el tema.³⁵⁷

En cuanto a la legalidad de la pena, el proyecto de Estatuto preveía varias alternativas ante la dificultad de arribar a acuerdos, las que deberían ser resueltas en la Conferencia de Plenipotenciarios. Dentro de estas alternativas o “variantes”, se incluía la posibilidad de aplicar la pena de muerte, penas aplicables a menores de 18 años de edad, e inclusive penas aplicables a personas jurídicas.³⁵⁸

9.3. La conferencia de plenipotenciarios, el Estatuto y el principio de legalidad

Como bien es sabido, entre el 16 de junio y el 17 de julio de 1998 se celebró en Roma la conferencia diplomática de plenipotenciarios que dio forma definitiva a la Convención y al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

³⁵⁶ El texto del artículo era el siguiente: “Artículo 21. Nullum crimen sine lege. 1. Cuando el presente Estatuto sea aplicable de conformidad con los artículos 6, 7, 8, 9 [ó 10], no se incurrirá en responsabilidad penal en virtud del presente Estatuto:

a) En caso de acción penal por un crimen de aquellos a que se hace referencia en el [los apartados a) a d) del] artículo 5, a menos que el acto de que se trate constituya un crimen tipificado en el presente Estatuto; b) En caso de acción penal por un delito de aquellos a que se hace referencia en [el apartado e) del artículo 5], a menos que el tratado correspondiente haya sido aplicable a la conducta de la persona en el momento en que tuvo lugar. [2. No se podrá calificar de delictivo un acto ni aplicar una sanción en virtud del presente Estatuto por analogía.] 3. Lo dispuesto en el párrafo 1 no afectará a la tipificación de esos actos como crímenes de derecho internacional al margen del presente Estatuto.” El texto ha sido tomado de *Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*. A/CONF.183/2/Add.1 14 de abril de 1998. Disponible en:

<http://www.un.org/spanish/law/icc/conferen/court/docs.htm>

³⁵⁷ El texto rezaba: “Artículo 22. Irretroactividad. 1. Cuando el presente Estatuto sea aplicable de conformidad con el artículo 21, no se incurrirá en responsabilidad penal con arreglo a él por actos cometidos antes de su entrada en vigor. [2. Cuando el derecho vigente en el momento de cometerse el crimen fuere modificado antes del fallo definitivo en la causa, se aplicarán las disposiciones más favorables al acusado.]1 nota: 1 Esta disposición plantea cuestiones relacionadas con la irretroactividad, la reforma del Estatuto y las penas. En consecuencia, es preciso que se examine más detenidamente el tema.”

³⁵⁸ Ver artículos 75 y 76 del proyecto.

9.3.1. Los delitos de competencia de la Corte

Durante el desarrollo de la Conferencia, “las cuestiones jurídicas materiales, sobre todo la formulación de los tipos penales, probaron ser comparativamente poco controvertidas”,³⁵⁹ gracias al trabajo previo en la redacción del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en el cual ya se había reducido considerablemente la cantidad de delitos,³⁶⁰ y a los trabajos previos del Comité Especial y de la Comisión Preparatoria. Tanto es así que en la Conferencia de Roma, incluso las delegaciones más comprometidas con el establecimiento de la Corte estuvieron de acuerdo en que su jurisdicción “abarcara sólo los tipos de actos más ampliamente reconocidos como crímenes según el derecho internacional, de modo de atraer la firma y ratificación de tantos Estados como fuera posible, para aumentar la universalidad de la Corte”.³⁶¹

De este modo, y según prevé el artículo 5.1 del Estatuto, la Corte sólo tiene competencia para juzgar actos que constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. No obstante, quedó abierta la posibilidad de incluir en el futuro otros delitos a través de enmiendas al Estatuto.³⁶²

³⁵⁹ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p.70.

³⁶⁰ En el proyecto de Código de 1991 se incluían otros delitos que no fueron recogidos por el proyecto definitivo de 1996, como la amenaza de agresión, la intervención, dominación colonial, el uso de mercenarios y el tráfico ilícito de drogas. AMBOS, KAI, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code”, ob cit. p. 529.

³⁶¹ SUNGA, Lyal, “La jurisdicción “*ratione materiae*” de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)”. AMBOS, KAI y JULIÁN GUERRERO, OSCAR, compiladores. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 237 – 238.

³⁶² Artículos 121 y 123 del Estatuto. Sin embargo, en este caso los nuevos delitos que se incorporen serán sólo aplicables a los Estados que los hayan expresamente aceptado mediante instrumento de ratificación o adhesión (art. 121.5).

En cuanto a la redacción de los tipos penales, hay que diferenciar entre el genocidio, los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por una parte, y el crimen de agresión por la otra.

Con respecto a los primeros, debido a los trabajos previos, a las convenciones existentes, además de los Estatutos del Tribunal de Núremberg y los Tribunales *ad hoc* para la ex – Yugoslavia y Ruanda, se alcanzaron definiciones bastante precisas en los artículos 6 (Genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad), 8 (crímenes de guerra). Adicionalmente, el artículo 9, prevé la adopción de los llamados “Elementos de Crímenes”, que son especificaciones de cada uno de los delitos de competencia de la Corte, que tienen por objeto ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos que contienen los delitos. Los elementos de crímenes, para ser establecidos, requieren de la aprobación de un *quórum* de dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Parte. Estos elementos de crímenes fueron adoptados el 9 de septiembre de 2002, encontrándose vigentes desde entonces.³⁶³

Ahora bien, en cuanto al crimen de agresión, no hubo consenso en una definición, no obstante lo cual fue igualmente incorporado en el Estatuto.

Un acuerdo en esta materia era difícil por una serie de factores. Primeramente, el crimen de agresión si bien es cierto que fue parte del Estatuto de los Tribunales de Núremberg y Tokio como “crímenes contra la paz”, no es menos cierto que los Estatutos no definían lo que debía entenderse por “guerra de agresión”. Además, hemos de notar que ni los crímenes contra la paz ni la guerra de agresión formaron parte de los Tribunales para Ruanda y la ex – Yugoslavia. Recordemos que las dificultades en la definición de

³⁶³ Pueden ser consultados en el sitio web de la Corte Penal Internacional. Existe versión en castellano.

https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/Pages/legal%20tools.aspx

“agresión” fueron el motivo que formalmente entrabó los proyectos de Corte y Código por largos años. Por otra parte, aun cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la definición de agresión el 14 de diciembre de 1974 mediante la resolución 3314 (XXIX),³⁶⁴ la misma no tiene efecto vinculante y además no estaba dirigida a establecer responsabilidades penales.³⁶⁵ Finalmente, hay que considerar que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas juega sin duda un rol determinante en esta materia, al ser el órgano oficialmente encargado de determinar cuándo ha existido una amenaza o un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión de conformidad al artículo 39 y a todo el Capítulo VII de la Carta de San Francisco. Por tal razón, los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en la conferencia de Roma se mostraron reacios a ceder cualquiera de sus poderes especiales a la Corte, con excepción del Reino Unido que, para su crédito, pareció menos preocupado al respecto.³⁶⁶

Debido a todo ello, en la conferencia de Roma no fue posible alcanzar un acuerdo en cuanto a la definición de este delito. Sin embargo, la mayoría de los Estados compartían el punto de vista de que no incorporar el crimen de agresión dentro de la competencia de la Corte habría sido una anomalía frente a la inclusión de los otros crímenes. No sólo porque la agresión había formado parte de los juicios de Núremberg y Tokio, sino además porque “equivaldría en muchos casos a tratar meros síntomas mientras se ignoran las causas patógenas”.³⁶⁷

La solución de compromiso entonces fue dejar establecido el crimen de agresión en el Estatuto, como parte de los delitos que son de competencia de la Corte, postergando su

³⁶⁴ Disponible en formato electrónico en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf

³⁶⁵ SUNGA, Lyal., ob. cit., p.241.

³⁶⁶ Ibidem, p.242.

³⁶⁷ Ibidem, p.240.

definición e implementación para siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, oportunidad en la que tendría lugar una revisión del mismo por la Asamblea de Estados Parte.³⁶⁸

Habiendo entrado en vigor el Estatuto el 1º de julio de 2002, la conferencia de los Estados parte en la cual se revisó el Estatuto y, entre otras materias, el crimen de agresión, se desarrolló, entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, en la ciudad de Kampala, Uganda.

Mediante resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010, se insertó el artículo 8 *bis*, conteniendo una definición de agresión sobre la base de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974, incorporándose como requisito del tipo, que el sujeto tenga el control o dirección efectiva de la acción política o militar de agresión.³⁶⁹

³⁶⁸ De conformidad al artículo 5.2 y artículos 121 y 123.

³⁶⁹ Artículo 8 bis. Crimen de agresión.

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas

9.3.2. Los principios generales del derecho penal

El Estatuto resulta especialmente innovador en recoger los principios generales del derecho penal, de un modo mucho más cercano al derecho continental europeo o *civil law* que todos los trabajos preparatorios y que todos los Estatutos de los Tribunales internacionales previos, que sólo recogían disposiciones fragmentadas.

En la Conferencia de Roma, se creó un grupo de trabajo sobre los principios generales del derecho penal, presidido por el sueco Per Saland, quien antes ya había presidido el mismo grupo de trabajo en las sesiones de la Comisión Preparatoria,³⁷⁰ y separadamente se creó un grupo de trabajo sobre las penas, el cual propuso la incorporación del principio *nulla poena sine lege* en la parte correspondiente a los principios. Las propuestas del grupo de trabajo sobre los principios fueron presentadas como parte de un “paquete” que fue aprobado sin modificaciones por la Mesa de la Conferencia³⁷¹

Pese a los avances y a que el Estatuto se acerca bastante a una “Parte General” del derecho penal internacional, ésta muestra un menor nivel de madurez en comparación a los tipos penales que recoge el Estatuto.³⁷²

9.3.3. Derecho aplicable, forma de aplicarlo y reglas de interpretación

El artículo 21 del Estatuto³⁷³ no sólo enumera el derecho aplicable por la Corte, sino que además establece una jerarquía de fuentes.³⁷⁴

armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

³⁷⁰ SCHABAS, William, “Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. AMBOS, Kai y JULIÁN GUERRERO, Oscar, compiladores. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 273 – 274.

³⁷¹ Ibidem, p. 274.

³⁷² WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p.75.

En primer lugar, la Corte debe aplicar el Estatuto de la Corte, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Todas estas normas han debido pasar por la aprobación previa de la Asamblea de Estados Parte.³⁷⁵

En segundo lugar, rigen los tratados internacionales aplicables, los principios y normas de derecho internacional, incluidos los principios que rigen los conflictos armados.

En tercer lugar, sólo si de estas fuentes no se desprende una solución para el caso, se puede recurrir a los principios generales del derecho nacional, en la medida en que sean compatibles con el Estatuto y el derecho internacional. Si bien puede sorprendernos este reenvío del Estatuto a los principios de derecho nacional, constituye tan sólo un recurso subsidiario o complementario, estando asegurada la jerarquía del Estatuto y del derecho internacional mediante el requisito de que han de guardar compatibilidad con ellos. Además, pareciera ser necesario disponer de un universo jurídico de referencia mayor, atendido que, por muy completos que sean el Estatuto, los Elementos de Crímenes y otras disposiciones del derecho internacional, siempre existirán asuntos que no están específicamente tratados, siendo preferible recurrir a estos principios que a la mera

³⁷³ Artículo 21. Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

³⁷⁴ AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*. Traducido por Miguel Ángel Iglesias Río y Lucía Martínez Garay, revisado por Oscar Julián Guerrero. Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, 2007, p. 27.

³⁷⁵ Artículos 9 y 51 del Estatuto.

improvisación de los jueces o el recurso a su propio acervo jurídico, el cual puede ser muy dispar atendidas las distintas tradiciones jurídicas. Cuando menos los jueces deberán tener en consideración no sólo uno, sino varios “sistemas jurídicos” y a partir de allí extraer los principios y luego invocarlos. Si ello no es posible, parece adecuado entonces recurrir al derecho interno del Estado que normalmente ejercería jurisdicción. En la práctica, se ha demostrado que la “consulta al derecho penal comparado no presenta dificultades reales, y es consistente con el enfoque de los tribunales penales internacionales *ad hoc*”.³⁷⁶

Se faculta además expresamente a la Corte para apoyarse en sus decisiones anteriores pero no está obligada a ello. Mientras hay quienes consideran que esta norma es innecesaria,³⁷⁷ la misma pareciera estar destinada a poner el acento en que es más que deseable que la Corte sea coherente en sus decisiones y pueda ir creando jurisprudencia (*case law*), y así ir colmando los vacíos que naturalmente tiene todo derecho nuevo durante un primer tiempo de consolidación, creando su propio universo jurídico de referencia.

Finalmente, en cuanto a la interpretación del derecho aplicable, esta debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y en particular de un modo acorde con el principio de no discriminación. Este párrafo, “demostró ser en extremo problemático” principalmente por el uso de la palabra “género” en vez de “sexo” para

³⁷⁶ SCHABAS, William, “Principios generales...”, ob. cit. p. 278. El problema estará en determinar “cuándo procede” recurrir al derecho interno.

³⁷⁷ SCHABAS, William, “Principios generales...”, ob. cit. p. 278.

prohibir la discriminación sobre esta base, lo que obligó a la definición expresa en el párrafo 3 del artículo 7 de la palabra “género”.³⁷⁸

9.3.4. Principio *nullum crimen sine lege*

En la Conferencia Diplomática de Roma hubo consenso sobre el texto del artículo que consagra el principio *nullum crimen sine lege*, que se adoptó con modificaciones menores,³⁷⁹ aun cuando se mejoró notablemente la redacción en términos más acordes con una declaración de principios en el párrafo primero.

En principio, “la regla *nullum crimen* excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios”³⁸⁰ no incluidos en el Estatuto.

Asimismo, el artículo 22.1 dispone que las normas que definen crímenes deben ser interpretadas estrictamente, por lo que los jueces deberían abstenerse de sostener interpretaciones “dinámicas” de los delitos.³⁸¹ William SCHABAS, reconoce que de “algún modo, esta postura es contraria a la tendencia de las persecuciones internacionales de crímenes de guerra, establecida en la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y La Haya.”³⁸²

En cuanto a la irretroactividad, también ya hemos señalado que el proyecto original (artículo 22) regulaba de manera separada el principio de irretroactividad, el cual concluía con una nota a pie de página que indicaba que sería preciso examinar más detenidamente el tema, lo que auguraba serias discusiones. Sin embargo, esta regla,

³⁷⁸ Ibidem, p. 279.

³⁷⁹ Ibidem, p. 284.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Ídem.

³⁸² Ídem.

trasladada en el Estatuto definitivo al artículo 24, “también presentó pocas dificultades y no hubo cambios significativos”.³⁸³

En fin, dados estos avances en el Estatuto, se ha llegado a decir que, en el artículo 22,³⁸⁴ *nullum crimen sine lege* y en el artículo 24,³⁸⁵ irretroactividad *ratione personae*; se regula expresamente cada una de las cuatro acuñaciones” del principio de legalidad, de modo tal que, “una persona sólo puede ser castigada por hechos que sean punibles en el momento del hecho según el Estatuto (*lex scripta*), que hubieren sido cometidos después de su entrada en vigor (*lex praevia*),³⁸⁶ que estén formulados de manera suficientemente precisa (*lex certa*) y que no hayan sido ampliados mediante analogía (*lex stricta*). En caso de duda, deberá optarse siempre por la interpretación más favorable para el inculpado. De existir modificaciones del Derecho antes de que se dicte sentencia debe aplicarse la ley más beneficiosa para el acusado.”³⁸⁷

³⁸³ SCHABAS, William, “Principios generales...”, ob. cit. p. 284.

³⁸⁴ Artículo 22. Nullum crimen sine lege. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

³⁸⁵ Artículo 24. Irretroactividad *ratione personae*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

³⁸⁶ Debiendo remitirnos además al artículo 11, según el cual la Corte ni siquiera tiene competencia para el conocimiento de hechos anteriores a la entrada en vigencia del Estatuto.

³⁸⁷ AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit. p. 27.

9.3.5. El principio *nulla poena sine lege*

El artículo 23³⁸⁸ se titula *Nulla poena sine lege*, disponiendo que el condenado sólo podrá ser penado de conformidad con el Estatuto, lo que a *contrario sensu*, “impide que se recurra a penas no fijadas en el Estatuto”.³⁸⁹

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 77 del Estatuto, la Corte puede imponer la pena de reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30; reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, y penas pecuniarias de multa y decomiso.³⁹⁰

La Corte no puede, en consecuencia, imponer por ejemplo la pena de muerte, ya que el Estatuto no la contempla expresamente, prevaleciendo la firme decisión de la mayoría de los Estados en contra de la opinión de algunas delegaciones, como las de Trinidad y Tobago y muchos Estados árabes, los cuales “querían evitar en todo caso que la renuncia a estas penas más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva del derecho internacional o interno”. A ello obedece entonces la disposición contenida en el artículo 80, el cual dispone que las penas previstas en el Estatuto no afectarán al derecho interno.³⁹¹

³⁸⁸ Artículo 23. *Nulla poena sine lege*. Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

³⁸⁹ AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit. p. 27.

³⁹⁰ Tanto en la comisión preparatoria como en la propia negociación que tuvo lugar en Roma, la discusión se suscitó primero en relación con la pena de muerte, siendo sustituida por la de reclusión a perpetuidad, que también generó resistencia por parte de varios Estados, por lo que se adoptó el sistema de revisión automática de la pena una vez cumplidos dos tercios de la misma o veinticinco años si es una condena a perpetuidad, lo que prevé el artículo 110 del Estatuto.

³⁹¹ AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit. p. 56

En el artículo 78 del Estatuto, titulado “Imposición de la pena”, se fijan los criterios que la Corte ha de tomar en consideración al momento de determinar la pena concreta que debe imponer.

La disposición ha sido criticada ante la “ausencia de garantías mínimas” si se compara con el derecho interno de los países de la tradición de derecho codificado, así como por el hecho de haberse aplazado el debate sobre los criterios de determinación de la pena para el momento de redactar las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Efectivamente, la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba,³⁹² es la que regula esta materia con mayor detalle, la cual dispone que deben tenerse en consideración todos los factores pertinentes, tanto atenuantes como agravantes, además de las circunstancias del condenado y del crimen. A continuación, la Regla señala algunos factores, a título ilustrativo, de carácter neutro,³⁹³ como la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

Luego, en el párrafo segundo de la Regla se incorpora un listado, también no taxativo, de circunstancias atenuantes, como causales de exoneración imperfectas, capacidad mental disminuida o coacción. Se incluye también un listado de agravantes, nuevamente

³⁹² Adoptadas por la Asamblea de Estados Parte el 9 de febrero de 2002, por la mayoría de dos tercios según previene el artículo 51 del mismo Estatuto. Las Reglas de Procedimiento y Prueba están disponibles en:

https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/rules%20of%20procedure%20and%20evidence.aspx

³⁹³ Esto es, que pueden operar como agravantes o atenuantes de la pena según el caso concreto.

no taxativo, pero al parecer ya no a título meramente ejemplar, como la comisión anterior de delitos de similar naturaleza, abuso de poder o cargo oficial, indefensión de la víctima, especial crueldad, gran número de víctimas, que el delito se haya cometido por motivos de discriminación en base a ciertos factores y, al final, permite aplicar otras circunstancias de naturaleza similar aun cuando no estén enumeradas.

9.3.6. Condiciones de ejecución y supervisión de la pena

La Corte delega la ejecución de la pena en alguno de los Estados parte que voluntariamente se haya ofrecido al efecto, pero conserva un amplio margen de control y decisión sobre la ejecución. En esta materia, tanto el Estatuto como las Reglas de Procedimiento y Prueba distinguen entre las penas privativas de libertad y las penas pecuniarias.

En relación con las primeras, el artículo 106 señala que su ejecución será supervisada por la Corte y deberá en todo caso ajustarse a “las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”, pero las condiciones de ejecución, se rigen por la legislación interna del Estado de ejecución, aunque, nuevamente, estas condiciones deben ajustarse a “las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”. Lo reiterativo y poco claro de este artículo, se debe a que en el proyecto original se hacía referencia a normas internacionales de carácter consuetudinario y principios generales de derecho, en una tácita referencia a las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”) y a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), entre otras. No obstante, hubo reticencia de varios países por cuanto no

estaban seguros de ofrecer las condiciones de reclusión necesarias y además podría generar diferencias con respecto al trato brindado a los reclusos locales, por lo que se incluyó la referencia al derecho interno y ya no a las normas internacionales, sino a las normas generalmente aceptadas por las “convenciones internacionales”, lo que equivale a una rebaja en el estándar³⁹⁴.

Para que la supervisión de la ejecución de la condena sea efectiva, dispone el Estatuto que la comunicación de la Corte con el condenado será irrestricta y confidencial. De este modo, por ejemplo, la Corte puede enviar a uno de sus magistrados u otro funcionario a reunirse personalmente con el condenado y sin la presencia de las autoridades nacionales, notificando previamente al Estado ejecutor. También la Corte puede pedir informes al Estado ejecutor, a peritos u otra fuente fidedigna, entre otras medidas³⁹⁵.

El Estado ejecutor asume como obligación principal la de no modificar la duración y condiciones de imposición de la pena dispuestas por la Corte. En caso de cambio de circunstancias, debe informar a la Corte, la que decidirá una eventual reducción o bien el traslado del condenado a otro Estado.³⁹⁶

En cuanto a una posible reducción del tiempo de condena, el Estatuto prevé dos mecanismos, en tanto que las Reglas de Procedimiento y Prueba contemplan otro adicional, manteniéndose en general el mismo principio de primacía de la Corte en la cooperación que le brinda el Estado ejecutor. Según se ha destacado, en este aspecto “el

³⁹⁴ DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, “La Cooperación Jurídica con la Corte Penal Internacional”, en *La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Madrid, Casa de América, 2001, p. 212 y ss.

³⁹⁵ Art. 106 del Estatuto y art. 211 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

³⁹⁶ Art. 103.2 del Estatuto.

modelo del Estatuto difiere del consagrado en el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de condenados, en el cual se establecen una serie de competencias paralelas del Estado de condena y el Estado de Ejecución, de tal manera que ambos Estados pueden aplicar el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena. Pero, en última instancia, el recurso de revisión estará en manos del Estado de Condena”³⁹⁷.

El primer mecanismo de modificación de la condena está establecido en el artículo 105.4 del Estatuto, que dispone que cualquier apelación o revisión incumbirá “exclusivamente” a la Corte, no pudiendo el Estado modificar la pena impuesta en modo alguno. Eso sí, tampoco el Estado de ejecución debe poner obstáculos a la presentación de este tipo de solicitudes por parte del condenado.

El segundo mecanismo, dice relación con el “examen de reducción de condena” previsto en el artículo 110 del Estatuto. Reiterando el principio general que hemos señalado anteriormente, el Estatuto prevé una vez más que el Estado ejecutor no puede poner en libertad al recluso antes de haber cumplido la pena impuesta por la Corte, y que sólo ella puede pronunciarse, después de oír al recluso, de una eventual reducción de condena. No obstante, el Estatuto limita a su vez a la Corte al regular detalladamente los estrictos requisitos que han de cumplirse para una eventual reducción de condena.³⁹⁸

Finalmente, son las Reglas de Procedimiento y Prueba las que establecen el tercer mecanismo. Siendo aplicable a la ejecución el derecho interno del Estado ejecutor, y

³⁹⁷ QUESADA ALCALÁ, Carmen, ob. cit., p. 491.

³⁹⁸ El primer requisito es general y objetivo: La revisión no puede llevarse a efecto sino una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena, o en caso de reclusión a perpetuidad, no antes de 25 años de ejecución. Los demás requisitos son de carácter valorativo, bastando con que concurra al menos uno de ellos. Con todo, su formulación es bastante estricta, pudiéndose observar que la facultad de la Corte para una eventual reducción de condena, aparece en el Estatuto bastante más limitada que en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. Y es que es aquí donde se juega la efectividad de la condena y se limita toda posibilidad posterior a la condena, de una eventual impunidad.

considerando que la situación del condenado debe ser igualitaria con respecto a condenados por delitos similares, la Regla 211.2 establece la posibilidad de que el condenado, eventualmente y transcurrido cierto lapso de tiempo, pueda optar a algún tipo de programa o beneficio penitenciario, que implique su salida temporal del recinto carcelario, estableciéndose que, previo a su adopción, el Estado ejecutor debe informar a la Presidencia de la Corte, con todos los antecedentes necesarios para que ésta pueda ejercer una adecuada supervisión.

9.3.7. Ejecución de penas pecuniarias

Estas penas se ejecutan por los Estados parte, de conformidad con su derecho interno y la Parte VII del Estatuto, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, según prevé el art. 109 del Estatuto.

10. Comentarios a la Evolución del derecho penal internacional

Tras revisar la evolución de los principales acontecimientos que han tenido lugar en el derecho penal internacional, desde la perspectiva del principio de legalidad (tanto en su aspecto formal como material), quizás estemos en condiciones de aproximarnos a responder a las preguntas planteadas al inicio de este trabajo ¿rige el principio de legalidad en el derecho penal internacional? ¿en qué medida?

Desde un cierto enfoque se podría sostener que, así como el derecho penal internacional ha evolucionado y se ha ido paulatinamente consolidando, del mismo modo el principio

de legalidad ha ido cobrando cada vez más presencia en el ámbito de la delincuencia internacional.³⁹⁹

Sin embargo, existen otras perspectivas, algunas más críticas e irreconciliables con el derecho penal internacional, y otras sugieren la adopción, sin más, de la tradición anglosajona en el ámbito universal.

En efecto, hay quien estima que la Corte Penal Internacional, no obstante definir los delitos, los elementos de crímenes, la consagración expresa en el Estatuto del principio de legalidad, del delito y de la pena, de todas formas se infringe el principio *nullum crimen sine lege*,⁴⁰⁰ estando todos estos por una justicia supranacional cruzados por la ideología de la punición infinita,⁴⁰¹ no siendo más que “una suerte de <<represalia individual>> y nada más, aunque lo llamemos derecho penal internacional.”⁴⁰²

Por la otra parte, se sugiere que, el derecho penal internacional, si bien nació ligado a la concepción anglosajona del principio de legalidad, progresivamente se ha ido acercando a la concepción que sustentan los países de derecho codificado o *civil law*, aunque con matizaciones importantes.⁴⁰³ Esta es, entre otras, la opinión de Antonio CASSESE, cultor de esta disciplina, quien fuera, además, el primer Presidente del Tribunal para la ex Yugoslavia.

Explicando su afirmación, CASSESE indica que el Tribunal de Núremberg estuvo compuesto por dos jueces anglosajones (uno americano y otro británico), otro ruso y

³⁹⁹ Además de la evolución que hemos dado cuenta aquí, con cierto detalle, existe un breve resumen de la misma se contiene en OLÁSOLO ALONSO, Héctor, ob. cit., pp. 22 – 25

⁴⁰⁰ PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 68

⁴⁰¹ Ibidem, p. 75 y ss.

⁴⁰² Ibidem, p. 85

⁴⁰³ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ob. cit., pp. 38 – 39.

uno francés, por tanto, una composición en la que la legalidad estricta no era el principio de la mayoría, encontrando entonces las objeciones de los alemanes mayor sensibilidad en el juez francés.⁴⁰⁴ Sin embargo, posteriormente la doctrina paulatinamente se ha ido acercando cada vez más a la legalidad estricta.⁴⁰⁵

Las razones de esto son, primero, una ratificación de un número importante de tratados sobre derechos humanos que consagran el principio de legalidad, concibiéndolo como un derecho humano fundamental y no meramente un principio o una directriz política, sino un derecho del acusado.⁴⁰⁶

El segundo factor es la adopción de una serie de tratados de derecho internacional que criminalizan conductas por separado, como la Convención contra el Genocidio, las Convenciones de Ginebra o la Convención contra la tortura. La importancia de esto es la cristalización del derecho consuetudinario que es recogido en el tratado y la clarificación y especificación de los elementos del crimen, *defences* y otros importantes aspectos del derecho penal internacional.⁴⁰⁷

Consecuentemente el principio de legalidad ha sido establecido, primero implícitamente en los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, y luego explícitamente en Estatuto de la Corte Penal Internacional.⁴⁰⁸

La conclusión de CASSESE entonces, es que el principio de legalidad debe ser actualmente acatado. Sin embargo, hay una serie de observaciones que realizar.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 39.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 40.

⁴⁰⁶ Ídem.

⁴⁰⁷ Ibidem, pp. 40 – 41.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 41.

Estos comentarios de CASSESE, nos hacen replantearnos las preguntas iniciales, en orden a si existe un único principio de legalidad, el del derecho continental codificado, o bien si existen distintas versiones o manifestaciones del mismo principio, las cuales debieran entonces ser conjugadas en un principio de legalidad internacional, si es que este derecho verdaderamente tiene pretensiones de tener una vigencia universal.

⁴⁰⁹ Ídem.

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA PRÁCTICA

LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES E INTERNOS

CAPÍTULO IX

El principio de legalidad en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

1. Antecedentes

Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935, en el caso *Danzing*, en el cual la Corte estableció como criterio general mínimo que: “debe ser posible para el individuo conocer, de antemano, si sus actos son legales o susceptibles de ser castigados”.¹

También hemos dicho que la Corte Internacional de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse con respecto al principio de legalidad, sino que han sido los tribunales regionales de derechos humanos los que se han pronunciado sobre su vigencia y contenido, en cuanto derecho humano fundamental.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la *lex certa*, ha señalado que: “*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en*

¹ CPJI, Opinión Consultiva, Consistencia de Ciertos Decretos Legislativos con la Constitución de la Ciudad Libre de Danzing, 1935, Series A/B N°65, pág. 57. Disponible en formato electrónico en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_65/01_Decrets-lois_dantzikois_Avis_consultatif.pdf

*la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”*²

La misma Corte, con respecto a la irretroactividad o *lex praevia*, ha dicho que: “*En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo*”.³ Añadiendo que: “*De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible*”.⁴

² Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, (*fondo, reparaciones y costas*), párr. 125.

³ Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 107; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 177; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, (*fondo, reparaciones y costas*), párr. 125.

⁴ Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 175; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 106; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párr. 121.

Se aprecia entonces, que la concepción del principio de legalidad de la Corte Interamericana se inserta de lleno en la concepción de derecho codificado, lo que es consistente con el sistema jurídico seguido por los países latinoamericanos.⁵

3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Analizaremos con mucha mayor detención la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), por cuanto ha sido este tribunal el que ha tenido que efectuar una conceptualización del Principio de Legalidad, que pueda ser aplicable tanto en el sistema de derecho codificado, como en el sistema anglosajón, habiéndose pronunciado además sobre qué se ha de entender por derecho nacional e internacional, así como sobre el inciso segundo, referido a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

3.1. Principios generales explícitos e implícitos en el artículo 7

Según reiterada jurisprudencia del TEDH, “[l]a garantía que consagra el artículo 7, que es elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como lo destaca el hecho de que el artículo 15 no autoriza su

⁵ Para mayores aspectos referidos al artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ver ESPEJO YAKSIC, Nicolás, LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984 – Febrero de 2012)*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012, pp. 399 a 408. Igualmente, puede consultarse a OLÁSOLO ALONSO, Héctor, ob. cit., pp. 31 y ss., quien advierte que la protección que ofrece la accesibilidad y la previsibilidad, puede ser incluso más amplia y favorable al individuo que las rígidas disposiciones de *lex scripta, stricta, certa y praevia*. Lo formula de la siguiente manera: “Es por ello que una aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta* en este tipo de casos, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, lleva a un resultado contrario al exigido por el principio *pro homine*, en relación con el ámbito de aplicación del Derecho al recurso judicial efectivo de aquellos que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, han sufrido la violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado bajo el amparo directo o indirecto de las instituciones públicas.” *Ibidem*, p. 35

derogación en tiempo de guerra u otro peligro público”.⁶ Esta derogación, similar en el derecho interno a la suspensión de derechos y libertades,⁷ procede respecto de la mayoría de los derechos que el Convenio protege, exceptuándose únicamente el derecho a la vida,⁸ la prohibición de tortura y esclavitud, y las garantías contenidas en el artículo 7 del Convenio,⁹ hecho que lo sitúa en un lugar de particular importancia, considerándolo el TEDH como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho.

Ahora bien, ¿cuáles son estas garantías?

El texto del artículo 7.1 explícitamente recoge dos disposiciones, que si bien están relacionadas y persiguen una misma finalidad, son claramente diferenciables e independientes, a saber, (1) que la condena sólo puede basarse en una norma existente al momento del acto u omisión incriminada (irretroactividad de la norma incriminatoria), y (2) que no puede imponerse una pena más gravosa que la aplicable en el momento en el que el delito fue cometido (irretroactividad de la pena). Que éstos sean dos principios separados implica que, según ha destacado la doctrina, una sentencia puramente

⁶ *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 34; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 32; *Caso Kafkaris contra Chipre*, Nº 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, pár. 137; *Caso Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 69; *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 92; y más recientemente *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185; *Caso Del Rio Prada contra España*, Nº 42750/09, sentencia de 10 de Julio de 2012, par. 45; *Caso Vyerentsov contra Ucrania*, Nº 20372/11, sentencia de 11 de abril de 2013, pár. 62; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66, entre varios otros.

⁷ Prevista en el art. 55.1 de la Constitución Española. En el Convenio, el Estado debe mantener informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado, así como de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor. Art. 15.3 del Convenio

⁸ Salvo en caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra.

⁹ Art. 15.2 del Convenio

declarativa que aplique la ley retroactivamente, infringe el Convenio aun cuando esa ley no imponga pena alguna.¹⁰

Sin embargo, además de estas garantías que se desprenden del tenor literal, aplicando el criterio de interpretación de la protección efectiva contra la arbitrariedad,¹¹ el Tribunal ha extraído una garantía general implícita en el artículo 7. El TEDH ha sostenido en reiteradas oportunidades que “el artículo 7 no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en perjuicio de un acusado, sino que también encarna, de una manera más en general, el principio según el cual sólo la ley puede definir un delito y prescribir una sanción (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)”.¹²

De esta equiparación de las garantías de irretroactividad del delito y de la pena con el principio de legalidad penal, el TEDH ha derivado otras garantías que tampoco están explícitamente recogidas en el Convenio, similarmente a lo que acontece en muchos ordenamientos jurídicos internos.

¹⁰ VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., pp. 651 – 652,. El autor añade que esto no carece de importancia, porque tal sentencia declaratoria, al ser registrada, tendrá consecuencias perjudiciales para la persona en concreto, aparte de la repercusión social que puede acarrear.

¹¹ *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 34; *Caso C. R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 32; *Caso Veeber contra Estonia*, Nº 45771/99, sentencia de 21 de enero de 2003, pár. 30; *Caso Gabarri moreno contra España*, Nº 68066/01, sentencia de 22 de julio de 2003, pár. 22, y más recientemente en el *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185, y *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66.

¹² *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 35; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 33; *Caso Kokkinakis contra Grecia*, Nº 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, par. 52; *Caso Kafkaris contra Chipre*, Nº 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, pár. 138; *Caso Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70; *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 93; y más recientemente *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185; *Caso Del Rio Prada contra España*, Nº 42750/09, sentencia de 10 de Julio de 2012, par. 46; *Caso Vyerentsov contra Ucrania*, Nº 20372/11, sentencia de 11 de abril de 2013, pár. 62; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66, entre varios otros.

Qué garantías ha podido derivar el TEDH y cuáles no, es lo que veremos a continuación, para lo cual, como ya anunciamos, seguiremos el esquema del derecho interno, que desglosa el principio de legalidad penal en cuatro elementos materiales, *lege scripta*, *lege praevia*, *lege stricta* y *lege certa*. Posteriormente, abordaremos separadamente algunos aspectos sobre la legalidad de la pena, así como la referencia al “derecho internacional”, la disposición contenida en el artículo 7.2.

3.2. Reserva de ley o *lex scripta*

3.2.1. El concepto de “derecho” o ley en sentido amplio

Recordemos que el artículo 7 dispone que la acción u omisión, debe ser constitutiva de una infracción penal al momento de su comisión, según el “derecho” nacional o internacional. El texto en inglés utiliza la expresión “law” y en francés la expresión “droit”, por lo que en ningún caso podemos entender que la expresión “law” se trata de una ley en sentido formal, sino “derecho” en términos amplios.¹³ Ello es consistente en relación a lo que ya hemos señalado sobre los *travaux préparatoires*.

Sobre este concepto de derecho o “Ley” en sentido amplio, el TEDH ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que: “Cuando habla de “derecho”, el artículo 7 utiliza el mismo concepto al que el Convenio se refiere siempre que utiliza ese término. Un concepto que comprende tanto el derecho escrito como el no escrito, que implica exigencias cualitativas, que incluyen las de accesibilidad y previsibilidad”.¹⁴

¹³ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 514. Desde mi perspectiva, para que pudiese entenderse que se trata de una ley en sentido formal, debiera haber dicho Act, en inglés, y Loi, en francés.

¹⁴ Énfasis original. El texto original en inglés señala: “When speaking of ‘law’, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which

En otras ocasiones, no obstante, el TEDH ha matizado esta afirmación, dejando de lado las controvertidas expresiones “derecho escrito” y “derecho no escrito”, señalando en cambio que el concepto de derecho comprende tanto a la “ley” en sentido formal, como a la “jurisprudencia”: “Cuando habla de “derecho”, el artículo 7 utiliza el mismo concepto al que el Convenio se refiere siempre que utiliza ese término. Un concepto que comprende tanto la ley formal como la jurisprudencia e implica exigencias cualitativas, que incluyen las de accesibilidad y previsibilidad”.¹⁵

Digamos, primeramente, que el Convenio emplea en varias oportunidades la palabra “law”, y singularmente la expresión “prescribed by law”, para indicar que sólo por medio de la ley se puede limitar o restringir el goce de un derecho.¹⁶ Fue en un caso relativo a libertad de expresión, en el que el TEDH sentó la doctrina acerca del concepto de “derecho o “Ley” en sentido amplio utilizado en el Convenio. En el *Caso Sunday Times contra el Reino Unido (nº1)*, también conocido como el caso de la “talidomida”,

comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”. Entre otros casos, la cita está contenida en: *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 35; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 33; *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, Nºs 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 50; *Caso K.-H.W. contra Alemania*, Nº 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 45; *Caso Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70; *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185; *Case Vyerentsov contra Ukraine*, Nº 20372/11, sentencia de 11 de abril de 2013, pár. 63; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66, entre otros.

¹⁵ Énfasis original. El texto original en inglés señala: “When speaking of ‘law’ Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”. Entre otros casos, la cita está contenida en: *Caso Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 29; *Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, Nºs 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999, pár. 36; *Caso Coëme y otros contra Bélgica*, Nºs 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, sentencia de 22 de junio de 2000, pár. 145; *Caso E. K. contra Turquía*, Nº 28496/95, sentencia de 7 de febrero de 2002, pár. 51; *Caso Achour contra Francia*, Nº 67335/01, sentencia de 29 de marzo de 2006, pár. 42; *Caso Jorgic contra Alemania*, Nº 74613/01, sentencia de 12 de julio de 2007, pár. 100; *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 99, entre otros.

¹⁶ Principalmente en los arts. 5 (derecho a la libertad y a la seguridad); 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión); 10 (libertad de expresión); 11 (libertad de reunión y asociación), y el artículo 2 del Protocolo nº7 (Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal).

el TEDH estableció que la palabra “Ley” en la expresión “prevista por la Ley” comprende no sólo la ley formal sino también el derecho no escrito (*unwritten law*), por lo que restó importancia a que la norma en cuestión (*contempt of court*), que restringía el derecho a la libertad de expresión, no fuera una ley en sentido formal sino una creación del *common law*. Se iría manifiestamente contra la intención de los redactores del Convenio – añade la sentencia – si se dijese que una restricción impuesta por el *common law* no está “prevista por la ley”, con el único fundamento de que la norma no está enunciada en un texto legislativo, ya que con ello se privaría a un Estado del *common law*, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se dañarían las raíces mismas de ese sistema jurídico”.¹⁷

El TEDH ha mantenido esta doctrina, reiterándola en varios otros casos en los cuales el Convenio emplea la expresión “prescribed by law” o “in accordance with the law”,¹⁸ señalando de manera expresa que la palabra “law” comprende no sólo la legislación sino también el *common law*. El propósito del TEDH es, sin duda, no dejar sin escrutinio al derecho anglosajón respecto de las restricciones que el Convenio autoriza para ciertos derechos.

En el ámbito del artículo 7, el TEDH tuvo ocasión sólo tardíamente de pronunciarse sobre el significado de la palabra “law”, ya que varios casos fueron declarados

¹⁷ *Caso Sunday Times contra el Reino Unido (nº1)*, Nº 6538/74, sentencia de 26 de abril de 1979, pár. 47. Para mayores antecedentes sobre este caso y su relación con el principio de legalidad en el Convenio, ver DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., pp. 191 – 192 y, allí mismo, nota al pie nº 280.

¹⁸ Ver, entre varios otros, en el *Caso Malone contra Reino Unido*, Nº 8691/79, sentencia de 2 agosto 1984, pár. 66; *Caso Margareta y Roger Andersson contra Suecia*, Nº 12963/87, sentencia de 25 de febrero de 1992, pár. 75; *Caso Tolstoy Miloslavsky contra el Reino Unido*, Nº 18139/91, sentencia de 13 de julio de 1995, pár. 37; y más recientemente en el *Caso Bernh Larsen Holding As y otros contra Noruega*, Nº 24117/08, sentencia de 14 de marzo de 2013, pár. 123.

inadmisibles o bien versaron sobre el concepto de pena.¹⁹ El primer caso en el que el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema fue en el *Caso Kokkinakis contra Grecia*,²⁰ utilizando la expresión “leyes” y “en la ley” para referirse al mayor o menor grado de precisión y claridad de su redacción, añadiendo que la claridad de la disposición también la otorga de manera complementaria la jurisprudencia. Más tarde, en el *caso G. contra Francia*,²¹ el TEDH afirmó que el artículo 7.1 del Convenio incluía el principio según el cual sólo “la ley” puede definir un crimen y prescribir la penalidad.

Sin embargo, apenas unos meses después, el TEDH llevará su doctrina del concepto de derecho o ley en sentido amplio, desarrollado para otros ámbitos, al contexto del artículo 7 del Convenio. Se trata de dos casos separados pero muy similares en su contenido. Son el caso *S.W.*²² y el caso *C.R.*,²³ ambos, precisamente, contra el Reino Unido. Apuntemos brevemente que, en cada caso, el solicitante fue condenado por la violación de su esposa, un comportamiento que – según el propio solicitante – en el momento de los hechos no era constitutivo de infracción penal, toda vez que, de acuerdo con los principios del *common law*, existía la llamada excepción marital, por lo que no podía ser condenado (en los términos de la ley de delitos sexuales de 1976), según tenía establecido la jurisprudencia del Reino Unido. El solicitante, sin negar la relación sexual forzada, alegaba que al existir un cambio de jurisprudencia de los tribunales británicos

¹⁹ Ya hemos mencionado que el artículo 7 no era aplicable en los casos *Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica*, N°s 2832/66, 2835/66 y 2899/66, sentencia de 18 de junio de 1971, sobre vagancia, y en el caso *Lawless contra Irlanda (n°3)*, N° 332/57, sentencia de 1 de julio de 1971, sobre los derechos del detenido. Lo propio ocurrió en los casos *Tre Traktörer Aktiebolag contra Suecia*, N° 10873/84, sentencia de 7 de julio de 1989; *Caso Moustaqim contra Bélgica*, N° 12313/86, sentencia de 18 de febrero de 2001. El *Caso Welch contra el Reino Unido*, N° 17440/90, sentencia de 9 de febrero de 1995 y el *Caso Jamil contra Francia*, N° 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995, trataban sobre el concepto de pena.

²⁰ *Caso Kokkinakis contra Grecia*, N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, pár. 40 y 52

²¹ *Caso G. contra Francia*, N° 15312/89, sentencia de 27 de septiembre de 1995, pár. 24

²² *Caso S.W. contra el Reino Unido*, N° 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995

²³ *Caso C. R. contra el Reino Unido*, N° 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995

mediante el cual se eliminó la excepción marital al delito de violación, se había vulnerado el artículo 7 del Convenio. El TEDH, en una decisión unánime,²⁴ aplicó la doctrina sobre el concepto amplio de ley, que comprende tanto el derecho escrito como no escrito, y sostuvo que el cambio en el derecho (law) había sido fruto de una evolución gradual de la jurisprudencia, que fue razonablemente previsible y accesible, consistente con la esencia del delito, por lo que no existía violación del artículo 7.

Interesa destacar, no obstante, que en ambos casos existía tanto una ley en sentido formal, como una disposición del *common law*, además una interpretación jurisprudencial que fue cuestionada por los solicitantes. Un caso puro de *common law* es *Wingrove contra el Reino Unido*,²⁵ el cual, sin embargo, no ha tenido mayor repercusión en la jurisprudencia del TEDH.

La doctrina suele destacar que a partir de estos dos casos se ha desarrollado una jurisprudencia bastante arraigada en el TEDH.²⁶ Ello es cierto, pero no es menos cierto también que, si bajamos al detalle, esta misma jurisprudencia oscila entre dos posibilidades distintas, como hemos visto. No es lo mismo afirmar que el concepto de “derecho” comprende tanto el derecho escrito como el “no escrito”, a que éste sólo comprenda a la ley en sentido formal y a la jurisprudencia. La diferencia está en que el llamado “derecho no escrito”, en principio se admitiría una mayor pluralidad de fuentes, como la costumbre y los principios generales; en cambio la segunda afirmación expresamente se restringe a las dos fuentes que menciona.

²⁴ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 335

²⁵ Un caso puro de *common law* es *Wingrove contra el Reino Unido*, N° 17419/90, sentencia de 25 de noviembre de 1996, en el que el TEDH acepta la validez del delito de blasfemia existente en el Reino Unido, que es un delito de origen jurisprudencial. Ver DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 191. Sin embargo este caso no ha tenido mayor repercusión en la jurisprudencia del TEDH.

²⁶ SARMIENTO, Daniel, MIERES, Luis, PRESNO, Miguel, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2007, p. 60.

También ha habido casos, al menos dos, en los cuales se ha planteado la posibilidad, sin éxito, de que dentro del concepto de “derecho” podría estar contenida una “práctica estatal”. Se trata de los casos *K.-H.W contra Alemania*,²⁷ y *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*,²⁸ también conocidos como los casos de los “centinelas del Muro de Berlín”.

En estos casos los solicitantes fueron condenados por diversos delitos de homicidio, perpetrados en contra de quienes intentaban cruzar la frontera entonces existente entre la República Democrática de Alemania (en adelante RDA) y la República Federal de Alemania (en adelante RFA).²⁹ Ante el TEDH, los solicitantes alegaron haber sido condenados por hechos que, al tiempo de ser cometidos, no eran constitutivos de infracción penal según el derecho de la RDA, al concurrir una causa de justificación consistente en una “práctica estatal” sobre la custodia de las fronteras. El TEDH, tras reiterar su doctrina original en cuanto a que el concepto de “derecho” del artículo 7 incluye tanto al derecho escrito como no escrito, sostuvo que una práctica estatal, como la política fronteriza de la RDA, que infringe flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, el valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no sólo contradecía las leyes y la Constitución de la propia RDA, sino que también infringía las obligaciones de ese Estado en materia de derechos humanos, por lo que en tales circunstancias, tal práctica estatal no puede ser considerada como “derecho” (law) en el sentido del artículo 7. Asimismo, el TEDH sostuvo que, en

²⁷ Caso *K.-H.W contra Alemania*, N° 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001

²⁸ Caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, N°s 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001

²⁹ Comentarios sobre las sentencias de los tribunales internos se encuentran en ALEXY, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, n°23, pp. 197 – 230.

el momento de su comisión, los hechos constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad por el derecho de la RDA y por las reglas de derecho internacional sobre protección de los derechos humanos.

Estos casos han sido objeto de varios comentarios,³⁰ y son relevantes en la doctrina del TEDH por distintos factores, pero interesa destacar aquí, en cuanto al concepto de derecho, que si bien esta “práctica estatal” no fue considerada como “derecho” para los efectos del artículo 7, ello no fue por tratarse de una fuente del derecho inidónea, un asunto sobre el que el TEDH no emite pronunciamiento alguno, sino porque la misma era contraria tanto a las leyes, la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.³¹

Sobre este último punto, también hay quien ve aquí, a propósito de estas sentencias, exigencias adicionales a las ya mencionadas accesibilidad y previsibilidad para que una norma sea considerada “derecho” en los términos del artículo 7, cual es, la conformidad de la norma con el derecho internacional de los derechos humanos,³² y que la norma derive su autoridad de la legítima Constitución del Estado.³³

³⁰ CASADEVALL, Josep, ob. cit., pp. 321 – 322

³¹ Interesa también mencionar que la práctica estatal fue invocada a favor de los solicitantes, como una causa de justificación, y no como una norma o práctica para incriminarlos.

³² Ver en detalle, HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 333

³³ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334. La observación la hace el autor en base a estos casos y también en relación con el caso *Kuolelis, Bartosevicius y Burokevicius contra Lituania*, N°s 74357/01, 26764/02 y 27434/02, sentencia de 19 de febrero de 2008, parr. 120. Con un nuevo gobierno, elegido democráticamente, Lituania declaró su independencia de la URSS en marzo de 1990 y estableció una nueva legislación constitucional. Los solicitantes habían sido miembros dirigentes del Partido Comunista de Lituania, opositor a la independencia. Fueron condenados por delitos vinculados a un intento de golpe de Estado bajo la vigencia de las leyes dictadas por el nuevo gobierno, que aplicó prospectivamente (y no retroactivamente, por lo que no hubo problema de retroactividad). La cuestión debatida fue quien tenía la legitimidad política para dictar leyes en ese momento. El TEDH sostuvo que en noviembre de 1990 “la voluntad política de las nuevas autoridades se encontraba claramente establecida”, y que los solicitantes fueron condenados según leyes que eran “suficientemente claras y previsibles”, tanto con la ayuda de asesoría jurídica como sin ella por tratarse de “un asunto de sentido común”. HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334.

A estas alturas cabe preguntarnos entonces ¿qué fuentes del derecho son idóneas para establecer delitos y regular su penalidad de conformidad al artículo 7 del Convenio? Para algunos autores, estas fuentes son, además de la ley formal, el *common law* y el derecho consuetudinario,³⁴ para otros el derecho creado tanto por los jueces como por el legislador,³⁵ o bien, considerando además el artículo 7.2, hay quien menciona a la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, lo que resulta preocupante y distorsionador para nuestros sistemas de derecho continental.³⁶

Por nuestra parte concluyamos que, trasladar este concepto amplio de “derecho” desarrollado por el TEDH en otras áreas, al ámbito exclusivamente penal del artículo 7 del Convenio, abre a un abanico de posibilidades en cuanto a las posibles fuentes normativas autorizadas para establecer los delitos y su penalidad. Por ello, se ha considerado con todo acierto que el Convenio “no impone” la reserva de ley en materia penal.³⁷

Pero, aunque el Convenio no impone, tampoco impide la reserva de ley, como tampoco impone un sistema de fuentes. La reserva de ley puede ser efectuada por el derecho interno, particularmente mediante la respectiva Constitución Política, como es el caso de España y de todos los países del sistema continental.

Como hemos visto, el TEDH no se pronuncia de manera clara y directa sobre este asunto, dejando que sean los propios Estados parte los que resuelvan este asunto de conformidad a su propio sistema de fuentes. La preocupación principal del TEDH en

³⁴ VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 654.

³⁵ Esto es, “judge-made law as well as legislation”, HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 333

³⁶ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 515

³⁷ DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 191.

esta materia, es evitar que existan normas penales incriminatorias o penalizadoras, cualquiera sea la fuente de la que provengan, que queden fuera de su escrutinio, lo que es consistente con el principio de la protección efectiva contra la arbitrariedad en materia penal.

Para brindar esta protección efectiva, cualquiera sea su fuente, la norma penal ha de cumplir, entre otras, con las exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad.³⁸

3.2.2. Las exigencias de accesibilidad y previsibilidad

3.2.2.1. Conceptos

Como ya se ha dejado traslucir de la jurisprudencia que hemos citado, bien sea la norma incriminadora de derecho escrito o de derecho no escrito, bien sea de origen legislativo o jurisprudencial, ella ha de cumplir en todo caso con las exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad.³⁹ Ambas exigencias, naturalmente, son predicables tanto respecto de los delitos como de la penalidad.⁴⁰

En cuanto al requisito de la accesibilidad, la doctrina ha destacado que “no ha generado grandes problemas a lo largo de la jurisprudencia, pues alude a una elemental y sencilla exigencia de publicidad de las normas”.⁴¹ De hecho, esta exigencia se superpone, en parte, con la previsibilidad, ya que, si lo que dispone la norma penal debe ser previsible

³⁸ En un sentido crítico, HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 518, considera que estas exigencias están destinadas, aparentemente, a “compensar” la falta de reserva absoluta de ley en materia penal.

³⁹ En toda la jurisprudencia citada aparecen estas exigencias.

⁴⁰ *Kafkaris contra Chipre*, N° 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, parr. 140 y caso *Korbely contra Hungría*, N° 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, ambos de la Gran Sala. ver además: Caso *Custers, Devaux y Turk contra Dinamarca*, 11843/03, 11847/03 y 11849/03, sentencia de 3 de mayo de 2007. Citados por HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334

⁴¹ SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 60

para el ciudadano, lógicamente primero debe poder tener acceso a ella, para lo cual ha de estar públicamente disponible.⁴²

Sobre la previsibilidad, el TEDH ha señalado algunos criterios para determinar cuándo se cumple con este requisito y cuándo no, tales como el contenido del texto del que se trata, el ámbito que cubre, así como del número y de la calidad de los destinatarios. También ha dicho que la previsibilidad de la ley no se opone a que la persona implicada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable según las circunstancias del caso, las consecuencias que pudieran resultar de un acto determinado, como ocurre con los profesionales, habituados a ser prudentes en su trabajo, pudiendo esperarse de ellos que pongan un cuidado especial en evaluar los riesgos que supone su conducta.⁴³

3.2.2.2. Conceptualización

La doctrina ha intentado conceptualizar este requisito de la previsibilidad, a la luz de los criterios que proporciona el TEDH, despertando ciertas dudas por parte algunos autores, atendida su flexibilidad o falta concreción,⁴⁴ no estando suficientemente claro si se trata de un concepto objetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el común de los ciudadanos), o bien de un concepto subjetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el ciudadano concreto).⁴⁵

⁴² HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334 nota al pie nº 32. Ver caso *Caso G. contra Francia*, Nº 15312/89, sentencia de 27 de septiembre de 1995

⁴³ Caso *Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996. SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 61.

⁴⁴ HUERTA reconoce que la previsibilidad persigue dar cierto grado de seguridad jurídica, pero critica que este concepto no haya sido objeto de “excesivas concreciones”. HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 518.

⁴⁵ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 518

Hay quien piensa que la previsibilidad “es un estándar de conducta que requiere de un particular conocimiento, o una práctica, de las condiciones que le son jurídicamente exigibles”, y que varía dependiendo de si es o no un profesional o carente de formación,⁴⁶ como ha expresado el TEDH en el *Caso Cantoni contra Francia*.⁴⁷

También se ha considerado que, lo que interesa al TEDH es la previsibilidad “jurídica” y no la fáctica, que es indiferente a los efectos del principio de legalidad penal,⁴⁸ como lo demostrarían los casos *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* y *K.-H.W contra Alemania*.⁴⁹

Ambas conceptualizaciones, en nuestra opinión, parecen ser complementarias y no contradictorias. Por una parte el TEDH, según su propia jurisprudencia, habrá de considerar las circunstancias personales y fácticas del caso concreto, pero, por otra parte, a partir de estas circunstancias, valorándolas, deberá construir un estándar de lo que es “razonablemente” exigible, esto es, un estándar normativo, jurídico. En efecto, muy probablemente la posibilidad concreta de un juicio y una posterior condena no estuvo presente en la mente de los centinelas del Muro de Berlín al momento de los hechos, atendida una práctica estatal que justificaba e incluso alentaba tales conductas. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, el enjuiciamiento y la condena eran perfectamente plausibles al ser las conductas contrarias tanto al derecho de la RDA como al derecho internacional, siendo, en consecuencia, jurídicamente previsibles.

⁴⁶ SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 61

⁴⁷ *Caso Cantoni contra Francia*, N° 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996

⁴⁸ DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 191

⁴⁹ Ambas sentencias de 22 de marzo de 2001, pár. 50 y 45, respectivamente.

Lo que sí podemos descartar por completo, en mi opinión, es que la previsibilidad sea un concepto puramente subjetivo, que evalúe el conocimiento real y efectivo del acusado. En la jurisprudencia del TEDH, recordemos, hay dos conceptos, la previsibilidad, pero también la accesibilidad, que son complementarios y de hecho se superponen. La accesibilidad, aunque se solape con la anterior, cobra sentido propio e independiente precisamente aquí. Basta con que la disposición penal haya estado públicamente disponible, que haya sido accesible, para que podamos luego exigir la previsibilidad. Si el ciudadano no quiere conocer la disposición, no quiere acceder a ella, pudiendo razonablemente hacerlo, la norma le será igualmente exigible. Considerados ambos criterios conjuntamente, podemos concluir que, en la jurisprudencia del TEDH, la previsibilidad y la accesibilidad no son criterios subjetivos, sino criterios objetivos a la vez que jurídicos, digamos, criterios de carácter objetivo-normativo.

Sin duda, el concepto de previsibilidad, y también el de accesibilidad, persiguen el valor de la seguridad jurídica, que el ciudadano sepa de antemano “a qué atenerse”, del que habláramos antes, para lo cual el ciudadano debe poder conocer qué conductas lo harán responsable penalmente. Ello, tanto desde el propio texto, por sí mismo, como con la ayuda de asesoría jurídica, si fuere necesario.

Ahora bien, desde una perspectiva crítica, hay quien considera que estas exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad, estarían, aparentemente, destinadas a “compensar” la ausencia de reserva de ley formal en el Convenio y la jurisprudencia del TEDH.⁵⁰

⁵⁰ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 518

Sin embargo, en mi opinión, en cuanto accesibilidad y previsibilidad son exigencias cualitativas, ellas se relación, no tanto con la jerarquía de fuentes de la norma penal, como con los demás elementos del principio de legalidad, ya que, en la jurisprudencia del TEDH, de ambos conceptos surgen exigencias adicionales.

3.2.2.3. Exigencias que emanan de la previsibilidad y la accesibilidad

Que lo dispuesto por la norma penal sea previsible, se traduce a su vez, según la jurisprudencia del TEDH, en varias exigencias concretas.

Primeramente, implica que “el individuo pueda saber desde la propia redacción del texto normativo y, si es necesario, con la ayuda de la jurisprudencia, qué actos u omisiones lo harán penalmente responsable”.⁵¹

Este aspecto de la previsibilidad, como es posible observar, opera como una directriz primero hacia el legislador y luego hacia los jueces, en cuanto a la necesaria claridad que debe tener un texto normativo, sea de origen legislativo o jurisprudencial. Este tema se encuentra estrechamente relacionado con la taxatividad, de la cual hemos hablado al tratar de la *lex certa* en el derecho interno.

En segundo término, el TEDH reconoce que, “por muy bien redactado que esté un texto normativo, siempre es necesario interpretarlo, lo que es válido para toda rama del ordenamiento jurídico, incluido el derecho penal”. El TEDH considera que siempre habrá necesidad de aclarar puntos dudosos, como también de adaptar la norma a nuevas circunstancias, lo que es particularmente más intenso en algunos Estados, en los que el

⁵¹ VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 654.

desarrollo progresivo del derecho penal a través de la jurisprudencial está bien arraigado y es parte de su tradición jurídica.⁵²

Como es posible apreciar, este tema se vincula con el problema de la interpretación y la prohibición de la analogía en materia penal, que hemos abordado previamente bajo el epígrafe de *lex stricta*.

El TEDH añade, en el mismo sentido anterior, que el artículo 7 “no puede ser interpretado como una prohibición de la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso, siempre que el resultado de este desarrollo sea consistente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsible”.⁵³

Si esto es así, ello implica que no sólo el texto legal ha de ser previsible, sino también las interpretaciones jurisprudenciales, lo que nos lleva al problema de la irretroactividad penal, tanto de la ley como de la jurisprudencia, tema, este último, debatido en el derecho interno, como ya hemos visto al tratar de la *lex praevia*.

La previsibilidad y la accesibilidad, entonces, son también los criterios que el TEDH emplea para evaluar los demás elementos materiales del principio de legalidad, que revisaremos a continuación.

⁵² Así está dicho por el TEDH en los casos *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, N°s 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 50; *Caso K.-H.W contra Alemania*, N° 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 45; *Jorgic contra Alemania*, N° 74613/01, sentencia de 12 de julio de 2007, pár. 100; *Korbely contra Hungría*, N° 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70.

⁵³ Idem

3.3. La irretroactividad penal o *lex praevia*

3.3.1 Irretroactividad de la norma penal

Como hemos visto, la irretroactividad de la norma penal no es un elemento que emane de la jurisprudencia del TEDH, sino que fluye del propio tenor literal del texto del artículo 7. En el Convenio, la prohibición de retroactividad comprende tanto al delito como a la pena aplicable, según se expresa en la primera y segunda frase del artículo 7.1. Abarca, además, los casos en que la persona es condenada en base a una ley con efecto retroactivo, como aquellos en que los tribunales hacen aplicación retroactiva de una ley que en principio no tenía ese efecto,⁵⁴ una consecuencia que puede extraerse de la propia redacción del Convenio, ya que la prohibición de retroactividad se predica respecto del “derecho”, en su conjunto, y no sólo la ley en sentido formal, lo que ha sido ratificado por la jurisprudencia del TEDH como veremos a continuación.

Desde sus primeras sentencias el TEDH ha reafirmado que el artículo 7 prohíbe la retroactividad del derecho penal,⁵⁵ pero no es sino hasta el caso *Jamil contra Francia*,⁵⁶ en que el TEDH tuvo la oportunidad de ocuparse específicamente sobre este tema. El debate se circunscribió a determinar si el arresto sustitutorio de la multa a la cual fue condenado, era una pena (debiendo aplicarse la prohibición de retroactividad) o bien si era una vía de ejecución de la pena (de aplicación inmediata en el derecho francés). El TEDH consideró que el arresto, en sustitución de la multa, también tenía el carácter de

⁵⁴ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334

⁵⁵ Así, ya en el *Caso Kokkinakis contra Grecia*, N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, pár. 52

⁵⁶ *Caso Jamil contra Francia*, N° 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995

pena y estimó que existía una infracción a la prohibición de irretroactividad del artículo 7.⁵⁷

Posteriormente, el TEDH se pronunció sobre la irretroactividad en el caso *Ecer y Zeyrek contra Turquía*,⁵⁸ en el cual ambos solicitantes habían sido condenados en aplicación de una ley antiterrorista de abril de 1991, por actos perpetrados en 1988 y 1989. El Gobierno sostuvo que la infracción, según su derecho interno, era constitutiva de un delito continuado, lo que permitía la aplicación de la ley de 1991. El TEDH constató que ni en la acusación ni en la sentencia condenatoria constaba el carácter continuado del delito, como tampoco la comisión de algún acto posterior a 1989, lo que iba en contra del principio de seguridad jurídica. El TEDH, en consecuencia, condenó a Turquía por la aplicación retroactiva de la ley de 1991, en violación del artículo 7.1.

Un caso propiamente de delito continuado es *Veeber contra Estonia (nº2)*,⁵⁹ en el cual el solicitante había cometido infracciones tributarias entre 1993 y 1996, calificadas como un delito fiscal continuado. La ley penal aplicable había experimentado una modificación en 1995, en cuya virtud determinados elementos del tipo penal que antes eran acumulativos habían pasado a ser alternativos. El solicitante fue condenado por la ley de 1995. El TEDH consideró que se había violado el artículo 7, ya que el solicitante sólo había incurrido en uno de los elementos del tipo y no en ambos, como exigía la ley antes de la modificación de 1995, y que, la sentencia condenatoria, había tomado en consideración tanto los actos anteriores como posteriores a 1995. El TEDH concluye que el solicitante no pudo prever que los actos cometidos entre 1993 y 1994 podrían

⁵⁷ Abordaremos con más detalle este caso al ver el concepto de “pena” en el art. 7. Para mayores referencias sobre este caso ver DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., pp. 197 – 198

⁵⁸ *Caso Ecer y Zeyrek contra Turquía*. Nº 29295/95 y 29363/95, sentencia de 27 de febrero de 2001, pár. 31 – 37.

⁵⁹ *Caso Veeber contra Estonia (nº2)*, Nº 45771/99, sentencia de 21 de enero de 2003

después ser objeto de una condena penal, por lo que la aplicación de la ley de 1995 a estos hechos infringía la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 7.⁶⁰

Esta doctrina fue aplicada posteriormente en un caso muy similar al anterior, *Caso Puhk contra Estonia*,⁶¹ contra el mismo país y también por aplicación retroactiva de la misma ley a un delito fiscal continuado. El TEDH aprovecha la oportunidad para dejar constancia de que los hechos que han tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la ley de 1995, no entran en consideración en el presente caso, sino únicamente los anteriores, por los cuales condena al Estado.

En estos casos, *Veeber*⁶² y *Puhk*, el TEDH deja establecida su doctrina en relación a la irretroactividad penal y el delito continuado, según la cual, “existe una infracción del artículo 7, a menos que se demuestre que la condena (y la pena), está basada únicamente en la conducta posterior del acusado”.⁶³

3.3.2. La Irretroactividad de las interpretaciones judiciales

Recordemos que, la irretroactividad penal, aplicada a las interpretaciones jurisprudenciales es, en general, un tema debatido en el derecho interno. Recordemos también que, como acabamos de ver, en concepto del TEDH, el artículo 7 “no puede ser interpretado como una prohibición de la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso, siempre que el resultado de este desarrollo sea consistente con la esencia del delito y pueda ser

⁶⁰ Sentencia de 21 de enero de 2003, pár. 34 – 38

⁶¹ *Caso Puhk contra Estonia*. N° 55103/00, sentencia de 10 de febrero de 2004.

⁶² *Caso Veeber contra Estonia (n°2)*, N° 45771/99, sentencia de 21 de enero de 2003

⁶³ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 334 – 335. Aunque este autor cita otros casos en apoyo a su conclusión, que citamos por concordar con ella, es en el caso *Veeber contra Estonia (n°2)* donde que se contiene por primera vez esta doctrina, como hemos visto al revisar los casos anteriores.

razonablemente previsible”.⁶⁴ Así entonces, la interpretación judicial de la norma, aunque permita clarificaciones y desarrollos graduales del derecho penal, encuentra su límite en la previsibilidad. Ahora bien, notemos que, junto a la previsibilidad, el TEDH utiliza otro criterio, cual es, que la interpretación no afecte la “esencia del delito”.

Estos criterios previsibilidad/esencia del delito, son aplicados conjuntamente ya desde los casos *S.W.*⁶⁵ y *C.R.*⁶⁶ *contra el Reino Unido*.⁶⁷ Mientras nos puede resultar fácil concordar con estos criterios, el problema se presenta fundamentalmente a la hora de aplicarlos, debido precisamente a que son criterios abstractos, cuya aplicación práctica admite distintas consideraciones.

Así, estos mismos casos *S.W.*⁶⁸ y *C.R.*⁶⁹ *contra el Reino Unido*, vienen siendo criticados desde hace mucho. Recordemos que los tribunales internos, mediante una interpretación jurisprudencial, eliminaron la excepción marital al delito de violación establecida por el *common law*, lo que fue considerado por el TEDH, aplicando su aproximación de previsibilidad/esencia del delito, como una clarificación gradual.⁷⁰ Frente a la aplicación de estos criterios, se ha destacado que también había factores para pensar precisamente lo contrario, esto es, que no existió una evolución gradual, perceptible, previsible para los solicitantes, desde que el parlamento británico no había adoptado la decisión de

⁶⁴ Así está dicho por el TEDH en los casos *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, N°s 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 50; *Caso K.-H.W contra Alemania*, N° 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 45; *Jorgic contra Alemania*, N° 74613/01, sentencia de 12 de julio de 2007, pár. 100; *Korbely contra Hungría*, N° 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70.

⁶⁵ *Caso S.W. contra el Reino Unido*, N° 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995

⁶⁶ *Caso C. R. contra el Reino Unido*, N° 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995

⁶⁷ sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 36 y 34, respectivamente

⁶⁸ *Caso S.W. contra el Reino Unido*, ya citado

⁶⁹ *Caso C. R. contra el Reino Unido*, ya citado

⁷⁰ sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 43 y 41, respectivamente

modificar la ley sobre el delito de violación, pudiendo hacerlo, y la jurisprudencia sólo había producido “alguna erosión” a esta excepción.⁷¹

Recordemos que en principio el TEDH interpreta y aplica el Convenio, pero ya hemos dicho que en esta labor debe necesariamente evaluar cómo los tribunales internos aplican su propio derecho nacional, en lo que suele en general ser cauto. Este parece ser un caso de aquellos de especial cautela, en el que el TEDH no ha querido contradecir a los tribunales británicos, incluida la House of Lords, aplicando su propio sistema de *common law*, probablemente también por tratarse de un caso violencia de género.

Un remedio simple para este problema – se afirma y propone desde el propio *common law*– podría ser que cada modificación jurisprudencial en detrimento del acusado, se aplique sólo prospectivamente, esto es, la llamada la “doctrina del *overruling* prospectivo” de la Corte Suprema de Estados Unidos, desarrollada entre otros en el caso *Linkletter contra Walker*.⁷²

Otro caso singular en cuanto a un cambio de criterio interpretativo en el derecho interno y su compatibilidad con el artículo 7, lo constituye el caso *Glässner contra Alemania*,⁷³ en el cual el solicitante, fiscal de la antigua RDA, llevó adelante un proceso penal en el cual solicitó la aplicación de una pena manifiestamente desproporcionada en el juicio de un famoso disidente en los años 70s, autor de un libro que abogaba por reformas en el régimen socialista. El caso fue declarado inadmisibile por el TEDH, ya que, en el tiempo en el que fue cometido el acto, constituía un delito (perversión de la acción de la justicia), que era definido con suficiente accesibilidad y previsibilidad por el propio

⁷¹ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., pp. 335 - 336

⁷² *Ibidem*, p. 336, nota 42

⁷³ *Glässner contra Alemania*, (dec.), N° 46362/99 28 de junio de 2001.

derecho interno de la RDA. En lo que nos interesa aquí, el solicitante adujo que se estaba efectuando una interpretación *ex post facto* de la norma penal por la cual fue condenado el disidente, de acuerdo a criterios de interpretación actualmente vigentes en la Alemania unificada, y contrarios a los existentes en la RDA al momento de los hechos. El TEDH sostuvo que el solicitante tuvo, al momento de los hechos, perfecto conocimiento de que solicitaba una pena manifiestamente desproporcionada, incluso de conformidad a las propias normas vigentes en aquel tiempo en la RDA, considerando que la interpretación y aplicación del derecho de la RDA por los tribunales actuales no era arbitrario.⁷⁴

3.3.3. Retroactividad de las normas penales favorables

En el texto del artículo 7, no aparece expresamente recogida la posibilidad o la obligación de aplicar retroactivamente las normas penales más favorables, así como tampoco en la Declaración Universal. En instrumentos posteriores, sin embargo, sí está recogido expresamente, como en el artículo 15.1 del PIDCP, artículo 9 de la Convención Americana, el artículo 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el artículo 24.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es importante advertir que, alguna literatura especializada sostiene que el Convenio sólo protege en contra de la retroactividad desfavorable al acusado, por lo que no está garantizado que éste se beneficie de una aplicación retroactiva favorable.⁷⁵ También se ha afirmado que el TEDH ha acogido la retroactividad favorable sólo cuando está

⁷⁴ Ver más antecedentes y comentarios sobre este caso en LEACH, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 307 – 308.

⁷⁵ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 332

recogida expresamente por el derecho penal interno, lo que – se afirma – introduce un “evidente factor de desigualdad” entre los Estados signatarios.⁷⁶

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia, confirma una evolución jurisprudencial en esta materia.

En un principio, varios casos fueron declarados inadmisibles por la Comisión.⁷⁷ Tiempo después, en el caso *G. contra Francia*,⁷⁸ el solicitante reclamó de la aplicación retroactiva de la ley penal efectuada por los tribunales internos. El Gobierno, sin desconocer este hecho, alegó ante el TEDH que ello había sido *in mitius*, dado que la norma posterior a los hechos era menos severa que la vigente en el momento de su comisión, lo que, si bien no era recogido en el artículo 7 del Convenio, estaba previsto en el artículo 15 del PIDCP. El TEDH estableció que la conducta del acusado era subsumible en la disposición penal vigente en el momento de su comisión, que satisfacía plenamente los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, así como en la disposición posterior, la cual era menos severa tanto en la definición del delito como en la pena a imponer, por lo que, el Estado, “aplicando el principio según el cual debe aplicarse la disposición más favorable”, no ha infringido el artículo 7 del Convenio.

Unos años más tarde, en el caso *Başkaya y Okçoughlu contra Turquía*,⁷⁹ el TEDH estimó que en ambos casos no existía infracción al artículo 7 en cuanto al delito, pero sí

⁷⁶ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 526, comentando el caso *Başkaya y Okçoughlu contra Turquía*, N°s 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999.

⁷⁷ *X. contra Alemania*, N° 7900/77, (dec.) 6 de marzo de 1978, *Ian Le Petit contra Reino Unido*, N° 35574/97, (dec.) 5 de diciembre de 2000, y *Zaprianov contra Bulgaria*, N° 41171/98, (dec.) 6 de marzo de 2003. Antecedentes citados por LEACH, Philip, ob. cit., p. 309 y nota 1084, ver además SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 62

⁷⁸ *Caso G. contra Francia*, N° 15312/89, sentencia de 27 de septiembre de 1995, pár. 22 y 25 – 27.

⁷⁹ *Caso Başkaya y Okçoughlu contra Turquía*, N°s 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999, pár. 41

con respecto a la pena impuesta al segundo solicitante. En lo que aquí nos ocupa, interesa la situación del primer solicitante, respecto del cual tampoco se encontró infracción al Convenio con respecto a la pena, ya que “recibió la condena menos severa de las previstas en la norma, hecho que no parece dar lugar a ningún problema en relación con el artículo 7 del Convenio”.

Este tímido reconocimiento de la retroactividad de la norma penal más favorable, por parte del TEDH, y en contra del criterio que había sostenido previamente la Comisión, cambia en el caso *Scoppola contra Italia (nº2)*,⁸⁰ en el que el TEDH anuncia y efectúa un cambio de jurisprudencia. Indica, primeramente, que no se encuentra atada a sus decisiones anteriores, particularmente cuando hay un cambio de circunstancias en los Estados parte en el Convenio, siendo de crucial importancia que el Convenio sea interpretado de manera que brinde una protección efectiva, aunque no teórica ni ilusoria. Seguidamente, indica que desde los primeros casos resueltos por la Comisión, en 1978, se han producido importantes desarrollos en el derecho internacional, como la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 9 garantiza el efecto retroactivo de la ley penal más favorable. Asimismo, se recoge este principio en el artículo 49.1 de la Carta Europea, y cita algunos casos del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁸¹ en las que se afirma que el principio forma parte de las tradiciones comunes de los Estados miembros, y que últimamente ha sido recogido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, encontrándose además bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Por todo ello, el TEDH considera que la retroactividad de la norma posterior más favorable se ha convertido en un principio fundamental del derecho penal,

⁸⁰ *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009

⁸¹ Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea

y que si bien no está recogido expresamente en el texto del artículo 7, ello no excluye “garantizar” que el acusado se beneficie de una pena más favorable establecida por la legislación con posterioridad al delito, que el legislador considera más proporcional, lo que – añade – está en conformidad con la previsibilidad de la pena establecida en el artículo 7. El TEDH, por tanto, considera que es necesario apartarse de la jurisprudencia anterior de la Comisión, y afirmar que el artículo 7.1 “garantiza no sólo el principio de irretroactividad de la pena más rigurosa, sino también la retroactividad de la ley penal más favorable”.⁸²

3.4. La prohibición de la analogía o *Lex stricta*

Ya hemos mencionado que el TEDH ha establecido, como principio general, que el artículo 7 no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en perjuicio de un acusado, sino que también encarna, de manera más general, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁸³ Consecuentemente, entiende el TEDH, además, que el artículo 7 comprende también “el principio según el cual el derecho penal no debe ser interpretado extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo, por analogía”.⁸⁴

⁸² Sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 104 – 109 Mayores antecedentes sobre este cambio de jurisprudencia se encuentran en LEACH, Philip, ob. cit., p. 309 y CASADEVALL, Josep, ob. cit., pp. 316 – 317

⁸³ *Caso S.W. contra el Reino Unido*, N° 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 35; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, N° 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 33; *Caso Kokkinakis contra Grecia*, N° 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, par. 52; *Caso Kafkaris contra Chipre*, N° 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, pár. 138; *Caso Korbely contra Hungría*, N° 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70; *Caso Scoppola contra Italia (n°2)*, N° 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 93; y más recientemente *Caso Kononov contra Letonia*, N° 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185; *Caso Del Rio Prada contra España*, sentencia de 10 de julio de 2012, par. 46; *Case Vyerentsov contra Ucrania*, N° 20372/11, sentencia de 11 de abril de 2013, pár. 62; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, N°s 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66, entre varios otros.

⁸⁴ Ídem.

Notemos pues, que el TEDH entiende que no sólo la analogía es contraria al Convenio, sino también las interpretaciones extensivas, un asunto que, como hemos visto, aún se debate en el derecho interno.

El TEDH reitera la afirmación anterior, como principio general, en la mayoría de sus sentencias sobre el artículo 7, pero ha tenido además la oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el problema de la analogía y de las interpretaciones extensivas.

En el caso *Başkaya y Okçouglu contra Turquía*,⁸⁵ recordemos, el TEDH estimó que en ambos casos no existía infracción al artículo 7 en cuanto al delito, pero sí con respecto a la pena impuesta al segundo solicitante. Aquí, nos interesa el caso de este último. Brevemente apuntemos que en aplicación de la ley antiterrorista, los tribunales turcos condenaron a los recurrentes como autores de delito de propaganda separatista contra la indivisibilidad del Estado. A pesar de que la legislación penal diferenciaba entre los autores y los editores de una publicación, estableciendo penas más severas para los primeros (prisión) que para los segundos (multa), el Tribunal turco aplicó a uno de los solicitantes, que era el editor del escrito, la pena de prisión prevista para los autores.⁸⁶ El TEDH estimó que se había impuesto una condena mediante una interpretación extensiva, por analogía. Un caso muy similar a este es el caso *E. K. contra Turquía*,⁸⁷ en el cual el solicitante, también un editor, fue condenado por los tribunales turcos por a la pena de prisión por analogía, recibiendo el Estado una segunda condena.

⁸⁵ Caso *Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, N°s 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999

⁸⁶ Sentencia de 8 de julio de 1999, pár. 36, 42, 43. Comentarios y más antecedentes sobre este caso en, SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 63; CASADEVALL, Josep, ob. cit., pp. 319 – 320, y DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 196.

⁸⁷ Caso *E. K. contra Turquía*, N° 28496/95, sentencia de 7 de febrero de 2002

En un caso posterior, *Dragotoniú and Militaru-Pidhorni contra Rumania*,⁸⁸ los solicitantes, empleados de un banco privado, fueron condenados por aceptar sobornos, de acuerdo con una disposición del Código penal que, en el momento de los hechos, era únicamente aplicable a los funcionarios públicos o a personas que trabajaban para empresas del Estado.⁸⁹ En este caso, el TEDH efectuó algunas precisiones importantes sobre la interpretación extensiva y la analogía. Señaló que como resultado de la prohibición de la aplicación extensiva de la ley penal, si una interpretación judicial no cumple con los requisitos accesibilidad y previsibilidad razonables, se infringe el artículo 7, lo que acontece en el presente caso, ya que no existía jurisprudencia previa sobre la asimilación del delito de corrupción pasiva de los empleados del banco. Aplicando los criterios de previsibilidad que hemos mencionado más arriba, estima que, incluso recurriendo a la asesoría de abogados, era difícil o imposible para los solicitantes predecir la reversión de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y por lo tanto saber cuándo sus actos pueden dar lugar a sanciones penales.⁹⁰

En el caso *Pessino contra Francia*,⁹¹ el solicitante había conseguido un permiso de construcción para un hotel, cuya ejecución posteriormente quedó en suspenso, a pesar de lo cual el solicitante prosiguió con las obras. Los tribunales internos condenaron al solicitante, en base a una norma que exigía previamente un juicio o una orden de suspensión de las obras. El TEDH estimó que ambas situaciones no eran asimilables, habiéndose aplicado la norma penal por analogía. El TEDH reconoce que los tribunales internos están en mejor posición para interpretar y aplicar la legislación nacional, pero

⁸⁸ *Caso Dragotoniú and Militaru-Pidhorni contra Rumania*. N° 77193/01 y 77196/01, sentencia de 24 de mayo de 2007

⁸⁹ Caso reseñado por LEACH, Philip, ob. cit., p. 307

⁹⁰ Sentencia de 24 de mayo de 2007, pár. 43 – 44

⁹¹ *Caso Pessino contra Francia*, N° 40403/02, sentencia de 10 de octubre de 2006, pár. 35

sin que exista al menos una interpretación judicial previa, los requisitos de accesibilidad y previsibilidad no están satisfechos, como en este caso.

3.5. Taxatividad o *lex certa*

Nuevamente, tras entender que el artículo 7 consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el TEDH deriva, además, otra consecuencia, como es, que “el delito debe estar claramente definido en la norma”, de manera tal que “el individuo pueda saber desde la redacción de la disposición relevante, y si es necesario con la ayuda de su respectiva interpretación judicial, qué actos y omisiones lo pueden hacer penalmente responsable.” Ahora bien, por muy bien redactada que esté la disposición legal, inevitablemente será necesaria la interpretación judicial.⁹²

Esta doctrina, *mutatis mutandis*, proviene del propio concepto de “derecho” desarrollado por el TEDH en el caso *Sunday Times contra el Reino Unido (nº1)*,⁹³ para precisar el concepto “prescribed by law”,⁹⁴ en el cual se contienen afirmaciones todavía más exigentes con respecto a la taxatividad, cuya traslación literal a la jurisprudencia

⁹² *Caso Kokkinakis contra Grecia*, Nº 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, pár. 51 – 52; *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 35 – 36; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, pár. 33; *Caso Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 29; *Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, Nºs 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999, pár. 36; *Caso Coëme y otros contra Bélgica*, Nºs 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, sentencia de 22 de junio de 2000, pár. 145; *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, Nºs 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 50; *Caso K.-H.W. contra Alemania*, Nº 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001, pár. 45; *Caso E. K. contra Turquía*, Nº 28496/95, sentencia de 7 de febrero de 2002, pár. 51 – 52; *Caso Achour contra Francia*, Nº 67335/01, sentencia de 29 de marzo de 2006, pár. 41; *Caso Jorgic contra Alemania*, Nº 74613/01, sentencia de 12 de julio de 2007, pár. 100 – 101; *Caso Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 70 – 71; *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, pár. 94; *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 185; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 66, entre otros.

⁹³ *Caso Sunday Times contra el Reino Unido (nº1)*, Nº 6538/74, sentencia de 26 de abril de 1979

⁹⁴ Reiterada en casos similares, en los cuales se emplea la misma expresión “prescribed by law” como también “in accordance with the law”. Ver, por ejemplo *Caso Tolstoy Miloslavsky contra el Reino Unido*, Nº 18139/91, sentencia de 13 de julio de 1995, pár. 37, y más recientemente *Caso Bernh Larsen Holding As y otros contra Noruega*, Nº 24117/08, sentencia de 14 de marzo de 2013, pár. 123.

del artículo 7 habría sido deseable. El TEDH dijo entonces que: “una norma no puede ser considerada como una “ley” [o como “derecho”] a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta”.⁹⁵ Similarmente a lo que dijimos al tratar el concepto de “derecho”, esta jurisprudencia ha pasado al artículo 7, aunque no con el mismo lenguaje, y viene siendo constantemente reiterada por el TEDH, como veremos en seguida.

Pero además de esta doctrina general, el TEDH ha efectuado en ocasiones algunas afirmaciones adicionales en cuanto a la claridad y precisión de la norma penal.

En el caso *Kokkinakis contra Grecia*, afirma el TEDH que la redacción de muchas leyes no es absolutamente precisa. La necesidad de evitar una excesiva rigidez y adecuarse al cambio de circunstancias implica que muchas leyes sean expresadas en términos que, en mayor o menor medida, son “imprecisos”.⁹⁶ ⁹⁷ En el caso *Cantoni contra Francia*,⁹⁸ que generalmente es el más citado tanto por los autores como el propio TEDH, se reitera la doctrina anterior y además se añade que, a causa del principio según el cual las leyes deben regir para la generalidad de los casos, la precisión absoluta no es posible. Una de las técnicas legislativas consiste en recurrir a categorías generales más que a listas exhaustivas. Así, numerosas leyes utilizan fórmulas más o menos imprecisas, para

⁹⁵ Caso *Sunday Times contra el Reino Unido (nº1)*, Nº 6538/74, sentencia de 26 abril de 1979, pár. 49. El texto original en inglés señala: “a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct”.

⁹⁶ Caso *Kokkinakis contra Grecia*, Nº 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, pár. 40

⁹⁷ El término empleado por la sentencia es “vague”, que puede traducirse como impreciso, vago, equívoco y otras menos pertinentes. En ocasiones esta palabra “vague” se ha traducido como “vago”, así CASADEVALL, Josep, ob. cit., p. 317, la cual, no obstante, posee una connotación negativa en el idioma español. Nos permitimos preferir esta otra palabra, “impreciso”, además, porque así se ha traducido por otro autor. DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 193, con respecto al caso *Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996, pár. 31

⁹⁸ Caso *Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996

evitar una rigidez excesiva y poder adaptarse a los cambios de situación.⁹⁹ Refiriéndose al caso concreto, el TEDH añade que esta técnica legislativa a menudo deja zonas grises o de penumbra en las fronteras de la definición, pero por sí mismas, esas dudas en los casos límite no bastan para hacer una disposición incompatible con el artículo 7, siempre que esta se revele suficientemente clara en la gran mayoría de los casos”.¹⁰⁰

Esta doctrina específica sobre taxatividad, elaborada en el caso *Kokkinakis contra Grecia* (primero) y desarrollada en el caso *Cantoni contra Francia* (después), ha sido reiteradamente aplicada por el TEDH.¹⁰¹

Ahora bien, si revisamos las opiniones de los autores, observamos que varios coinciden en destacar que en muchos casos se ha invocado la falta de claridad y precisión de una disposición penal,¹⁰² pero que el TEDH no ha encontrado infracción al artículo 7, a pesar de que las leyes han estado redactadas en términos muy generales u oscuros.¹⁰³ Incluso, hay quien afirma, más categóricamente, que “[u]n recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tratar del principio de tipicidad o taxatividad de la ley penal, nos lleva a la conclusión de que en todas las

⁹⁹ *Caso Cantoni*, ya citado, ver párr. 31 de la sentencia. Hemos citado la traducción de DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 193

¹⁰⁰ *Caso Cantoni contra Francia*, N° 17862/91, sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 32. Traducción de DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 193

¹⁰¹ Entre otros, *Larissis y otros contra Grecia*, N° 23372/94, 26377/94 y 26378/94, sentencia de 24 de febrero de 1998, párr. 34; *Caso Kafkaris contra Chipre*, N° 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, párr. 140 – 141; *Caso Liivik contra Estonia*, N° 12157/05, sentencia de 25 de junio de 2009, párr. 94; *Caso Del Río Prada contra España*, N° 42750/09, sentencia de 10 de julio de 2012, párr. 47; y más recientemente *Scoppola contra Italia (n°2)*, N° 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, par. 100

¹⁰² HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 529, cita, además de los casos que hemos mencionado a *Caso Pessino contra Francia*, N° 40403/02, sentencia de 10 de octubre de 2006; *Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, N°s 23536/94 y 24408/94, sentencia de 8 de julio de 1999. VAN DIJK, Pieter, et. al., ob. cit., p. 654, el caso *Grigoriades contra Grecia*, N° 24348/94, sentencia 25 de noviembre de 1997 y DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 195, añaden además el caso *E. K. contra Turquía*, N° 28496/95, sentencia de 7 de febrero de 2002

¹⁰³ HARRIS, David, et. al., ob. cit., p. 335

sentencias, el TEDH ha acabado desestimando la violación del principio de tipicidad”.¹⁰⁴

Un caso que se cita como paradigmático en este sentido es *Grigoriades contra Grecia*,¹⁰⁵ en el cual el TEDH encontró que el delito de ofensa contra el Ejército estaba redactado en términos muy generales, pero no obstante ello, satisfacía el estándar de la previsibilidad.¹⁰⁶

Sin embargo, en nuestra investigación hemos detectado más de un caso de condena por infracción al principio de taxatividad, en los términos del artículo 7.

Primero, en el caso *Kafkaris contra Chipre*,¹⁰⁷ el TEDH consideró que el derecho interno chipriota, considerado como un todo, no estaba formulado con suficiente precisión como para que el solicitante fuera capaz de discernir, incluso con el asesoramiento adecuado, el alcance de la pena de prisión perpetua, que le fue impuesta a consecuencia de su condena por homicidio, condenando al Estado por infracción al artículo 7. En otro caso, *Sud Fondi srl y otros contra Italia*,¹⁰⁸ el TEDH consideró que la imposición de la pena de confiscación de propiedades estaba insuficientemente descrita por la ley, condenando al Estado por infracción al artículo 7.

Hay todavía un caso más, *Vyerentsov contra Ucrania*, sentencia de 11 de abril de 2013, en el cual el TEDH condena al Estado por violación del artículo 7, por falta de precisión y previsibilidad de la norma que establecía la infracción penal, consistente en “no

¹⁰⁴ DE VICENTE, Rosario, ob. cit., ob. cit., p. 192

¹⁰⁵ *Caso Grigoriades contra Grecia*, Nº 24348/94, sentencia 25 de noviembre de 1997. Este caso es citado por HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 518 y VAN DIJK, Pieter, et. al., ob. cit., p. 654

¹⁰⁶ *Grigoriades contra Grecia*, Nº 24348/94, sentencia 25 de noviembre de 1997, pár. 38

¹⁰⁷ *Caso Kafkaris contra Chipre*, Nº 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, pár. 150 y 152. Así lo considera LEACH, Philip, ob. cit., p. 306

¹⁰⁸ *Sud Fondi srl y otros contra Italia*, Nº 75909/01, sentencia de 20 de enero de 2009, pár. 112, citado por LEACH, Philip, ob. cit., p. 306 nota 1065

cumplir las órdenes de la policía”, vinculado a la celebración de manifestaciones públicas.¹⁰⁹

3.6. El principio de legalidad y la pena

Todo lo que hemos dicho anteriormente en relación al artículo 7, es plenamente aplicable con respecto a la pena, la cual deberá estar establecida con suficiente claridad y precisión, respecto de ella se prohíbe la analogía y las interpretaciones extensivas, y podrá estar establecida en el derecho interno según su propio sistema de fuentes, a condición de que ella sea siempre accesible y previsible para el ciudadano, no pudiendo aplicarse retroactivamente.

No obstante en la jurisprudencia del TEDH, existen ciertas particularidades, que dicen relación fundamentalmente con el concepto de “pena”.

En cuanto al concepto de pena, el TEDH sentó los criterios básicos en el caso *Welch contra el Reino Unido*,¹¹⁰ donde sostuvo que, al igual que lo que acontece en el artículo 6.1 del Convenio en cuanto a la “acusación en materia penal”, el concepto de pena posee un carácter “autónomo” ya que, para poder brindar una protección eficaz, el Tribunal debe poder ir más allá de las apariencias y apreciar por sí mismo si una medida concreta ha de ser considerada una “pena” en el sentido de este artículo 7.¹¹¹

Para determinar qué se entiende por pena y qué no, el TEDH ha sentado varios criterios. El punto de partida es que la pena, según fluye del propio texto del artículo 7.1, segunda frase, consiste en una medida que es impuesta como consecuencia de una condena por

¹⁰⁹ *Vyerentsov contra Ucrania*, N° 20372/11, sentencia de 11 de abril de 2013, pár. 67

¹¹⁰ Así lo afirma SARMIENTO, Daniel, *et. al.*, ob. cit., p. 64. *Caso Welch contra el Reino Unido*, N° 17440/90, sentencia de 9 de febrero de 1995

¹¹¹ *Caso Welch contra el Reino Unido*, N° 17440/90, sentencia de 9 de febrero de 1995, pár. 27

una infracción penal. Otros factores a tener en cuenta son la naturaleza y la finalidad de la medida en cuestión, su calificación en derecho interno, los procesos involucrados en su imposición y en su ejecución, así como su gravedad.¹¹²

Estos criterios, los ha reiterado el TEDH, sin mayores alteraciones, en los casos *Jamil contra Francia*,¹¹³ *Coëme y otros contra Bélgica*,¹¹⁴ *Kafkaris contra Chipre*,¹¹⁵ *M. contra Alemania*,¹¹⁶ y más recientemente en los casos *G. contra Alemania* y *K. contra Alemania*,¹¹⁷ *Del Río Prada contra España*,¹¹⁸ este último sobre la llamada doctrina Parot, entre otros.

En aplicación de estos criterios, el TEDH ha considerado que, no obstante lo dispuesto en el derecho interno, constituyen pena el comiso (*Welch contra el Reino Unido*),¹¹⁹ la pena privativa de libertad por impago de multas (*Jamil contra Francia*),¹²⁰ entre otros. Merece la pena destacar el caso *M. contra Alemania*, en el cual el TEDH fue requerido para considerar si la “detención preventiva” del Código Penal alemán equivale a una pena. De acuerdo con el derecho interno, tal medida era considerada con carácter preventivo y correctivo, más que una pena. Sin embargo el TEDH estimó que era una pena dado que: era ordenada por la sentencia de un tribunal penal; acarreaba una privación de libertad; las personas sometidas a ella eran detenidas en prisiones

¹¹² Ibidem, par. 68

¹¹³ *Caso Jamil contra Francia*, Nº 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995, pár. 30 – 31

¹¹⁴ *Caso Coëme y otros contra Bélgica*, Nºs 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, sentencia de 22 de junio de 2000, pár. 145

¹¹⁵ *Caso Kafkaris contra Chipre*, Nº 21906/04, sentencia de 12 de febrero de 2008, pár. 142

¹¹⁶ Sentencia de 17 de diciembre de 2009, pár. 120

¹¹⁷ *Caso G. contra Alemania*, Nº 65210/09, sentencia de 7 de junio de 2012, pár. 69, y *Caso K. contra Alemania*, Nº 61827/09, sentencia de 7 de junio de 2012, pár. 78.

¹¹⁸ *Caso Del Río Prada contra España*, Nº 42750/09, sentencia de 10 de julio de 2012, pár. 48

¹¹⁹ *Caso Welch contra el Reino Unido*, Nº 17440/90, sentencia de 9 de febrero de 1995

¹²⁰ *Caso Jamil contra Francia*, Nº 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995

ordinarias; era una medida severa ya que no existía una duración máxima establecida. El TEDH estimó que existía por tanto violación del art. 7.1, ya que en el momento en el que el solicitante fue sentenciado, la detención preventiva únicamente podía ser impuesta por un máximo de 10 años, pero una modificación posterior había abolido el límite de tiempo, autorizando una detención por tiempo ilimitado, existiendo así una aplicación retroactiva de la pena.¹²¹

Asimismo, en aplicación de estos mismos criterios ha excluido del concepto de pena a las órdenes de expulsión de extranjeros (*Caso Renna contra Francia*, Sentencia de 26 de febrero de 1997), la exigencia legal de un registro de agresores sexuales por la policía (*Casos Adamson contra el Reino Unido y X. contra Austria*), la toma de muestras de ADN para un perfil genético para ser conservado después de la condena (*Caso Van der Velden contra Holanda*), las decisiones de deportar o extraditar a una persona a otra jurisdicción (*Caso Moustaquim contra Bélgica y X. contra los Países Bajos*),¹²² así como la sanción disciplinaria de un colegio profesional (*Caso Brown contra el Reino Unido*), entre otras.

3.7. Sobre la remisión al derecho internacional

El artículo 7.1 del Convenio incluye también al derecho internacional, de acuerdo al cual es posible establecer delitos y penas, a condición de no infringir la prohibición de retroactividad penal.

Como ya hemos visto, esta disposición proviene de una fallida proposición del gobierno belga, secundada por Filipinas, de incorporar un párrafo segundo en la Declaración

¹²¹ Sentencia de 17 de diciembre de 2009, pár. 125 – 137

¹²² *Caso Moustaquim contra Bélgica*, Nº 12313/86, sentencia de 18 de febrero de 2001

Universal, para dar cobertura jurídica a los procesos de Núremberg, así como a las diversas leyes dictadas durante y después de la Segunda Guerra Mundial en varios países europeos, para juzgar a los crímenes cometidos por la Alemania Nazi, la cual, aunque formalmente desechada, tuvo por resultado la incorporación de la expresión “derecho internacional” en el texto de la Declaración Universal, desde donde fue tomado el texto actual del artículo 7.1 del Convenio, con ligeras modificaciones.

Recordemos también que, según los *travaux préparatoires* del Convenio, a petición de Suecia, se dejó expresa constancia de que el Convenio no obliga a los Estados miembros a aplicar, como medida penal, una regla de derecho internacional la cual no haya sido incorporada en el derecho nacional.¹²³ Por razones diferentes, los autores en general son partidarios de esta misma solución, esto es, que el derecho internacional, en cuanto configurador de delitos y penas, está condicionado a su “<<previa transformación>> en derecho nacional de conformidad con las pautas constitucionales establecidas” ya que de otra manera se afectaría la previsibilidad.¹²⁴ En España, este tema se ha planteado en los llamados “juicios de Madrid”, entre otros, el caso Scilingo,¹²⁵ que será analizado en detalle más adelante, generando no pocos problemas en cuanto a la norma aplicable, un problema que, no obstante, no se produce cuando la norma internacional tiene un sentido despenalizador.¹²⁶

¹²³ TP (1957) p. 6, TP (1970) p. 8.

¹²⁴ HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 516 NOTA 14. VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., pp. 659 – 660

¹²⁵ Sobre el caso Scilingo ver, LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad. El Caso Scilingo.”, en *La Ley Penal; Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario*, 2007 núm. 34, pp. 69 – 77; GIL GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005 núm. 7, pp. 1 – 18. Disponible en formato electrónico en:

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>

¹²⁶ DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 467 – 468. Este fenómeno, según el autor, ha sido relativamente frecuente en el derecho comunitario, aunque últimamente está cambiando de signo.

Cabe preguntarse, ¿qué delitos son considerados como establecidos por el derecho internacional?

Según la jurisprudencia del TEDH, se han de incluir aquí: genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y agresión.¹²⁷ Además de estos crímenes, hay autores que se preguntan si cabe la posibilidad de que se incluyan en el artículo 7 otros crímenes respecto de los cuales el derecho internacional permite que los individuos sean juzgados por los Estados de acuerdo al principio de jurisdicción universal, entre otros, piratería, tortura, desaparición forzada, tráfico de drogas, secuestro, sabotaje de aeronaves, apartheid, ataque a diplomáticos y la toma de rehenes.¹²⁸

Algunos autores incluyen en la jurisprudencia del TEDH referida al derecho internacional, a los casos *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*,¹²⁹ y *K.-H.W contra Alemania*,¹³⁰ sin embargo, hemos de recordar que, tanto ante el derecho interno alemán como ante el TEDH, se consideró como base para la condena el derecho interno de la RDA y no el derecho internacional,¹³¹ aunque, considerado como un todo, el derecho internacional incidió, junto al derecho penal y constitucional de la RDA, en restar validez jurídica a la “práctica estatal” que, según los solicitantes, justificaba los homicidios.

¹²⁷ Así lo afirma HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 336, nota al pie nº44, basándose en los casos *Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008 y *Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010.

¹²⁸ HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 336

¹²⁹ *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, Nºs 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001

¹³⁰ *Caso K.-H.W contra Alemania*, Nº 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001

¹³¹ De hecho, el TEDH encontró que era innecesario considerar si los solicitantes habían cometido crímenes de acuerdo al derecho internacional humanitario, en especial crímenes contra la humanidad. HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 336

El TEDH tuvo posibilidad de pronunciarse sobre los crímenes establecidos por el derecho internacional, pero recogidos a su vez por el derecho interno, en el caso *Jorgic contra Alemania*,¹³² en el cual sostuvo que la interpretación de los tribunales nacionales sobre el crimen de genocidio establecido en el derecho interno, en base al cual se condenaron los actos cometidos por el solicitante en el curso de la limpieza étnica de Bosnia y Herzegovina, fue consistente con la esencia del delito y pudo haber sido razonablemente previsible para el recurrente.¹³³

En el caso *Korbely contra Hungría*,¹³⁴ el TEDH tuvo la posibilidad de evaluar la aplicación directa del derecho internacional efectuada por los tribunales internos, quienes condenaron al solicitante en aplicación del artículo común tercero de las Convenciones de Ginebra de 1949, por la comisión de un crimen contra la humanidad, consistente en asesinatos múltiples, cometidos cuando servía como un oficial militar durante la revolución de 1956. El TEDH estimó que las Convenciones de Ginebra de 1949 eran accesibles para el solicitante, pero que los hechos no configuraban un crimen contra la humanidad, existiendo violación del artículo 7.¹³⁵

En el caso *Kononov contra Letonia*,¹³⁶ los tribunales internos condenaron al solicitante por haber liderado un comando soviético unido a los Partisanos Rojos en una expedición punitiva en contra de una villa, durante la cual se cometieron malos tratos,

¹³² *Caso Jorgic contra Alemania*, N° 74613/01, sentencia de 12 de julio de 2007

¹³³ LEACH, Philip, ob. cit., p. 307

¹³⁴ *Caso Korbely contra Hungría*, N° 9174/02, sentencia de 19 de septiembre de 2008, pár. 74 – 77 y 94 – 95

¹³⁵ El párrafo 95 de la sentencia es confuso, por cuanto se afirma que no se ha demostrado que previsiblemente los actos constituyeran un crimen contra la humanidad. Sin embargo, como ya hemos dicho, es el propio TEDH el que estimó necesaria una modificación sobre la valoración de los hechos, ya que la pretendida víctima no fue considerada “no combatiente”, al llevar un arma oculta, reñir con el solicitante y sacarla con intensiones desconocidas.

¹³⁶ *Caso Kononov contra Letonia*, N° 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010

lesiones y asesinato de pobladores, lesiones alevosas, muerte causada por la quema de una mujer embarazada y ataques sobre localidades indefensas. La Gran Sala sostuvo que ya en 1944, estos hechos constituían infracciones al derecho internacional humanitario, particularmente a los Convenios de La Haya de 1907 y en el Código Lieber de 1863, las cuales constituían crímenes de guerra. En una extensa argumentación, sostiene que si bien estas disposiciones se estaban codificando, ellas ya constituían derecho internacional consuetudinario, recogidas en algunas normas internacionales y en varios ordenamientos jurídicos internos, apoyándose, entre otras fuentes, en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg. El TEDH además rechazó los argumentos del solicitante, quien alegaba que no podía haber previsto que los actos eran constitutivos de crímenes de guerra, o haber anticipado que él podría haber sido perseguido con posterioridad. El TEDH concluyó que el derecho internacional y las costumbres de guerra, en 1944, eran suficientes para establecer su responsabilidad penal individual, por lo que no hubo violación del artículo 7.¹³⁷ Sin duda se trata de una conclusión discutible, tan discutible como lo fueron los juicios de Núremberg con respecto al principio de legalidad.¹³⁸ Apuntemos que, el TEDH al estimar que no existía violación del Convenio de conformidad al artículo 7.1, consideró innecesario pronunciarse sobre el artículo 7.2.¹³⁹

Recientemente, en el caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*,¹⁴⁰ el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre delitos internacionales, particularmente crímenes de guerra, perpetrados por los solicitantes en el contexto del conflicto armado

¹³⁷ Sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 205 – 213. Ver además, LEACH, Philip, ob. cit., p. 310.

¹³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1950, ob. cit., p. 1283

¹³⁹ Sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 246

¹⁴⁰ *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, N°s 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013

que afectó a la antigua Yugoslavia, por los cuales fueron condenados en base a normas penales internas. Los solicitantes alegaron que fueron condenados en aplicación del Código Penal de 2003 en lugar del de 1976 que era el vigente al momento de los hechos y establecía además penas más favorables. Basándose en los rangos mínimos de las penas de prisión, así como en la posibilidad de que pudieran aplicarse penas más graves, el TEDH estimó que la pena más favorable era la del Código de 1976, concluyendo que existió una violación del artículo 7.¹⁴¹ Sin embargo, lo interesante de este caso está en que el TEDH, además, expresamente rebatió los argumentos del gobierno, en orden a que, en el presente caso, las conductas de los acusados se enmarcaban en el artículo 7.2 del Convenio, del cual trataremos a continuación.

3.8. Principios generales reconocidos por las naciones civilizadas

3.8.1. El artículo 7.2 del Convenio

Como hemos visto previamente en los *travaux préparatoires* del Convenio, fue el Reino Unido el Estado que propuso incorporar este párrafo segundo en el artículo 7, el cual tuvo por finalidad, en aquella época, evitar cuestionamientos a los juicios de Núremberg así como a las leyes nacionales dictadas durante y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, estableciéndose que lo dispuesto en el artículo no impedirá el juicio y la condena por hechos que al tiempo de ser cometidos constituían un delito según los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas.¹⁴²

¹⁴¹ Sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 67 – 70 y 76

¹⁴² En este mismo sentido VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 660 afirma que aunque esté formulada de manera general, evidentemente ha sido incorporada de manera particular para permitir la aplicación de la legislación nacional e internacional promulgada durante y después de la Segunda Guerra Mundial, con respecto a crímenes de guerra, colaboración con el enemigo y traición, por los hechos cometidos durante la guerra. En este sentido constituye una codificación de los principios establecidos en Núremberg y Tokio. En nota al pie 39, VAN DIJK, menciona el principio II de los principios de Núremberg en su

La doctrina destaca que el párrafo segundo también puede aplicarse a otros casos distintos a los mencionados arriba. De hecho, no está relacionado exclusivamente con casos de crímenes de guerra, sino con todos aquellos actos u omisiones que sean criminales de acuerdo a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹⁴³

Otro punto interesante que destaca la doctrina es que el art. 7.2 no se refiere a “los principios de derecho comunes a los Estados contratantes”, sino en términos más amplios, a los “reconocidos por las naciones civilizadas”, por lo que los Estados parte no pueden ser considerados o tratados como un grupo aislado o cerrado a este respecto. Por eso la norma respectiva debe ser reconocida también fuera de este círculo, por un grupo bastante representativo de Estados, si el principio quiere ser reconocido como uno de carácter general.¹⁴⁴

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 7.2 en pocas ocasiones, algunas decisiones de admisibilidad y sentencias.¹⁴⁵ Así, en el caso *Papon contra Francia*,¹⁴⁶ el TEDH confirmó la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, haciendo suyos los argumentos de la Comisión en la decisión de admisibilidad del caso *Touvier contra Francia*.¹⁴⁷ En el caso *Tess contra Letonia*,¹⁴⁸ el

formulación de 1950 por la comisión de Derecho Internacional. Ver además, HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 339, y CASADEVALL, Josep, ob. cit., p. 323

¹⁴³ VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 660

¹⁴⁴ Ibidem, p. 660. En este mismo sentido HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., pp. 338 – 339.

¹⁴⁵ Seguimos en esta parte la sistematización efectuada por CASADEVALL, Josep, ob. cit., p. 323, sin perjuicio de incorporar algún caso adicional.

¹⁴⁶ *Papon contra Francia* (dec.), N° 54210/00, 15 de noviembre de 2001.

¹⁴⁷ *Touvier contra Francia* (dec.), N° 29420/95, 13 de enero de 1997

¹⁴⁸ *Tess contra Letonia* (dec.), N° 34854/02, 12 de diciembre de 2002

TEDH reiteró sus principios jurisprudenciales sobre el artículo 7, si bien declaró la inadmisibilidad de la demanda por no agotamiento de las vías internas de recurso.

En los casos *Kolk y Kislyiy contra Estonia*,¹⁴⁹ y caso *Penart contra Estonia*,¹⁵⁰ el TEDH calificó los hechos como crímenes contra la humanidad, por tanto, imprescriptibles, declarando manifiestamente mal fundadas e inadmisibles las demandas.

En el caso *Naletilić contra Croatia*,¹⁵¹ el Tribunal estableció que, incluso si el caso hubiese sido admisible, la disposición aplicable podría haber sido el párrafo 2 del artículo 7 más que el párrafo 1, lo cual significa que la segunda frase del párrafo 1 (la irretroactividad de la pena desfavorable) no se habría aplicado.

3.8.2. ¿Es el artículo 7.2 una excepción?

Notablemente, la mayoría de los autores consultados consideran que el artículo 7.2 es una excepción a la regla general contenida en el artículo 7.1,¹⁵² de modo tal que – en concepto de estos autores – existiría un grupo de situaciones que estarían excluidas o exceptuadas de la aplicación del principio de legalidad penal en la forma establecida en el Convenio, lo que, incluso, ha llegado a ser considerado como una excepción a la

¹⁴⁹ *Kolk y Kislyiy contra Estonia* (dec.), N°s 3052/04 y 24018/04, 17 de enero de 2006.

¹⁵⁰ *Penart contra Estonia* (dec.), N° 14685/04, 24 de enero de 2006

¹⁵¹ *Naletilić contra Croatia* (dec.) N° 51891/99, 4 de mayo de 2000

¹⁵² VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 660, titula el acápite pertinente como “LA EXCEPCIÓN EN EL PÁRRAFO SEGUNDO”; HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado...”, ob. cit., p. 519 y ss., también titula un párrafo como “EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES DESFAVORABLES”; HARRIS, David, *et. al.*, ob. cit., p. 338 “PRINCIPIOS GENERALES DE LA DERECHO DE EXCEPCIÓN”; CASADEVALL, Josep, ob. cit., p. 322, titula “La excepción del párrafo 2”, en el cual afirma que “[e]l párrafo segundo del artículo 7 contiene una excepción o derogación de las garantías contenidas en el párrafo primero”.

inderogabilidad del principio de legalidad establecida en el artículo 15 del mismo Convenio.¹⁵³

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TEDH contradice esta común opinión. En el caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, sentencia de 18 de julio de 2013,¹⁵⁴ que hemos mencionado antes, luego de resolver la discusión principal del caso que giraba en torno a cuál de los dos códigos disponía la pena más favorable, el TEDH no pudo dejar de rebatir los argumentos esgrimidos por el gobierno, según el cual los hechos (crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto de la antigua Yugoslavia), eran delictivos de acuerdo con “los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas”, previsto en el artículo 7.2, por lo que – decía el gobierno – no se aplicaba la prohibición de retroactividad de los delitos y las penas. El TEDH señaló que este argumento del gobierno era inconsistente con los *travaux préparatoires*, según los cuales el artículo 7.1 puede ser considerado como una regla general de prohibición de la retroactividad, y el artículo 7.2 es sólo una clarificación contextual de la obligación contenida en ella, que fue incluido con el fin de asegurar de que no existiera ninguna duda sobre la validez de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con respecto a los crímenes cometidos durante esa guerra.¹⁵⁵ Es claro – añade el TEDH – que los redactores del Convenio no intentaron autorizar ninguna excepción general a la prohibición de retroactividad. El TEDH recordó que ha sostenido en varias ocasiones

¹⁵³ VAN DIJK, Pieter, *et. al.*, ob. cit., p. 662. Afirma: “Como se puede observar, sin embargo, la consecuencia de este párrafo segundo del artículo 7 que, con respecto a ciertos delitos esta garantía no es absoluta, ni en las situaciones referidas en el artículo 15.1 ni en otros casos.

¹⁵⁴ *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, N°s 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013

¹⁵⁵ En este mismo sentido, dice el TEDH, ver el caso *Kononov contra Letonia*, N° 36376/04, sentencia de 17 de mayo de 2010, pár. 186

que ambos párrafos del artículo 7 están interconectados y deben ser interpretados de una manera concordante.¹⁵⁶

4. El principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia

Recordemos brevemente que el principio de legalidad no aparece expresamente recogido en el Estatuto, pero, como ha señalado quien fuera el primer Presidente del Tribunal, el principio se encuentra implícito en el mismo,¹⁵⁷ afirmación que estaría reforzada por las consideraciones expresadas por el Secretario General al Consejo de Seguridad en el Informe que contiene el Estatuto, según ya hemos tenido ocasión de revisar.

Sobre el principio de legalidad penal, la Sala de Apelaciones ha puntualizado en varios casos que no le está permitido crear derecho nuevo e incluso interpretar el derecho existente más allá de los límites aceptables de una clarificación, pero al mismo tiempo, ha indicado que el principio de legalidad no le impide clarificar los elementos de un crimen en particular, ni tampoco un desarrollo progresivo de su jurisprudencia.¹⁵⁸

A modo de ejemplo, demos cuenta de un interesante debate que se ha planteado con respecto a la expresión “otros actos inhumanos” de los crímenes contra la humanidad, contenida en el artículo 5 (i) del Estatuto. En varios casos se ha alegado su falta de precisión y la infracción al principio de legalidad. Particularmente, en el caso *Stakic*, el

¹⁵⁶ *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, N°s 2312/08 y 34179/08, sentencia de 18 de julio de 2013, pár. 72. Cita el TEDH el caso *Tess contra Letonia* (dec.), N° 34854/02, 12 de diciembre de 2002, además del ya citado caso *Kononov*.

¹⁵⁷ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ob. cit. p. 41.

¹⁵⁸ NILSSON, Jonas, ob. cit., p. 58. El autor hace referencia a las sentencias de casos *Aleksovki*, *Delalic*, *Vasiljevic* y *Milutinovic*, ver notas al pie 130, 131 y 132.

Fiscal consideró que ciertos incidentes de traslado forzado de personas, que no se encuadraban dentro de la definición de deportación, podrían estar contenidos dentro del concepto de “otros actos inhumanos”. La Sala de Juicio consideró tales actos como deportación, haciendo una interpretación más amplia del término, y sostuvo que considerarlos como “otros actos inhumanos” podría infringir el principio *nullum crimen sine lege certa*. La Sala de Apelaciones, en cambio, sostuvo que esos hechos no estaban contenidos en la figura de deportación, pero que constituían “otros actos inhumanos”, concordando con la opinión del fiscal, y afirmó que la interpretación amplia de la Sala de Juicio podía infringir el principio *nullum crimen sine lege stricta*. Es interesante notar que ambas salas encontraron que con la interpretación contraria se podría estar infringiendo el principio de legalidad, pero concuerdan en que los hechos eran criminales, aunque bajo un título diferente.¹⁵⁹

En varios casos, tanto la Sala de Juicio como la de Apelaciones, han recogido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando los conceptos de previsibilidad y accesibilidad para determinar si en un caso dado puede haber infracción al principio de legalidad. Especialmente, la Sala de Apelaciones se ha apoyado en el derecho penal interno vigente al momento de los hechos en el Estado del acusado, para determinar si éste podía prever que su conducta era delictiva. Pero también ha considerado que el derecho consuetudinario por sí mismo puede ofrecer suficiente noticia de la criminalidad de la conducta. En el caso *Ojdanic*, con respecto al derecho consuetudinario, la Sala de Apelaciones tomó distancia de la jurisprudencia de Núremberg y fijó un estándar sin duda más elevado, al sostener que: debido a la falta de normas o estándares escritos, algunos tribunales de guerra con frecuencia se han basado

¹⁵⁹ NILSSON, Jonas, ob. cit., pp. 58 – 59.

en la naturaleza atroz de los crímenes imputados para concluir que el perpetrador de tales actos debía saber que estaba cometiendo un crimen, pero, aun cuando la inmoralidad o el carácter espantoso de un acto no es un factor suficiente para garantizar su criminalización bajo el derecho internacional consuetudinario, puede en los hechos jugar un rol a este respecto.¹⁶⁰

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal no siempre ha sido consistente, ya que, como se ha remarcado, mientras en los casos *Tadic* y *Blaskic* el Tribunal había declarado que los atentados contra la vida y las personas constituían actos prohibidos por el artículo común 3° de las Convenciones de Ginebra, en el caso *Vasiljevic* extrañamente el Tribunal señaló que ellas no se encontraban suficientemente definidas bajo el derecho internacional consuetudinario, por lo que no podía considerarlas crímenes de guerra, decisión que ha sido severamente cuestionada por la doctrina.¹⁶¹

Como quiera que sea, la jurisprudencia demuestra con claridad que el Tribunal para la ex Yugoslavia aplica el mismo estándar de accesibilidad y previsibilidad establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que la mayoría de las alegaciones de la defensa fundadas en de falta de certeza y previsibilidad, se rebaten con dos grandes argumentos, en primer término la gravedad y seriedad de los crímenes, que hace poco probable que los acusados no supieran que cometían un delito; y segundo, que además los crímenes internacionales se basan en conductas que son también delito en el derecho interno de cualquier Estado.¹⁶²

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 60 – 61.

¹⁶¹ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p. 259.

¹⁶² NILSSON, Jonas, ob. cit. p. 64.

5. El principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal penal internacional para Ruanda

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el principio de legalidad, también a propósito de la expresión “otros actos inhumanos”, contenida en el artículo 3, letra (i), sobre crímenes contra la humanidad. En el caso *Muvunyi*, por resolución de la Sala de Juicio de primera instancia, de 12 de septiembre de 2006, en el párrafo 527, que la inclusión de una categoría residual, obedece a la dificultad de establecer una lista exhaustiva de crímenes y la necesidad de dar flexibilidad a la respuesta jurídica. Estos otros actos inhumanos han de tener una gravedad comparable a los establecidos en las letras (a) a la (h) del mismo artículo 3. El tribunal ha tenido en especial consideración lo resuelto por la Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia, en orden a que la expresión “otros actos inhumanos” no infringe en sí misma el principio *nullum crimen sine lege certa*.¹⁶³

Asimismo, en el caso *Akayesu*,¹⁶⁴ la Sala de juicio hizo notar que el Secretario General de Naciones Unidas estableció, a propósito del Tribunal para la ex Yugoslavia, que en aplicación del principio *nullum crimen sine lege* el Tribunal debe aplicar normas de derecho internacional humanitario, que sean más allá de toda duda, parte del derecho internacional consuetudinario.¹⁶⁵

¹⁶³ TRAHAN, Jennifer, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, Human Rights Watch, 2010, p. 142. Disponible en: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ict0110webwcover.pdf> En este mismo sentido, ver además los casos *Kamuhanda*, Trial Chamber, January 22, 2004, para. 716; *Kajelijeli*, (Trial Chamber), December 1, 2003, para. 931.

¹⁶⁴ Trial Chamber, September 2, 1998, paras. 604-07

¹⁶⁵ TRAHAN, Jennifer, ob. cit., p. 147

Asimismo, en el caso *Ntagerura, Bagambiki and Imanishimwe*,¹⁶⁶ la sala de apelaciones recalcó que el principio de legalidad o la doctrina *nullum crimen sine lege*, no impide al tribunal interpretar y clarificar el derecho aplicable, cuando se trata de una mera identificación de la interpretación apropiada al texto, incluso si no ha sido previamente explicitada de esa forma. El argumento según el cual el principio de legalidad impide el desarrollo de la jurisprudencia no puede prosperar.¹⁶⁷

6. El principio de legalidad en los tribunales híbridos

Un expreso pronunciamiento sobre la necesidad de respetar el principio *nullum crimen sine lege*, se encuentra en la resolución que se pronuncia sobre una apelación interlocutoria en el caso *Norman*,¹⁶⁸ en el cual señala el Tribunal que el principio de legalidad es un elemento esencial de todo sistema jurídico, por lo que la Sala tiene el deber de aplicarlo.

7. El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La invocación de una eventual infracción al principio de legalidad, en los términos establecidos en el artículo 22, número 2 (taxatividad),¹⁶⁹ tuvo lugar ya en el primer caso sentenciado por la Corte, el caso *Lubanga*.¹⁷⁰ La defensa sostuvo que la expresión

¹⁶⁶ Sala de Apelaciones, Sentencia de 7 de julio de 2006, paras. 125, 127

¹⁶⁷ TRAHAN, Jennifer, ob. cit., pp. 330 – 331.

¹⁶⁸ CESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. San Hinga Norman, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Caso Núm. SCSL 04-14-AR72(E)*, de 31 de mayo de 2004, párr. 25 y ss.

¹⁶⁹ Recordemos que el texto del artículo 22 es el siguiente: Artículo 22 *Nullum crimen sine lege*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

¹⁷⁰ Sentencia de apelaciones disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1876833.pdf>

“participar activamente en las hostilidades”, tal y como fue interpretada por la Sala de Juicio (primera instancia), se aparta del derecho aplicable establecido en el artículo 21 (1) del Estatuto, violando el artículo 22 (2) referido a la interpretación estricta del derecho aplicable.¹⁷¹

Desarrollando su argumento, la defensa de Lubanga sostuvo la palabra “activamente”, en la jurisprudencia internacional actual (para lo cual cita documentos del Comité Internacional de la Cruz Roja y jurisprudencia de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda) equivale a “directamente”, por lo que la prohibición respecto de menores de 15 años en el Estatuto, se refiere a la participación “activa” o “directa” en las hostilidades, no estando penalizado la participación que no sea activa o sea “indirecta”, que implica un escaso riesgo para los menores de edad.¹⁷²

La fiscalía, por el contrario, sostuvo que la interpretación efectuada por la defensa de Lubanga era restrictiva y no se correspondía con la comprensión del derecho internacional humanitario sobre la participación en las hostilidades, enfatizando que la Sala de Juicio tuvo dos criterios orientadores para interpretar la participación “activa” en las hostilidades, tanto el apoyo de los niños a los combatientes, como la real exposición al riesgo de ser un potencial objetivo militar.¹⁷³

La Sala de Apelaciones resuelve el punto señalando que, efectivamente, el rango de actividades que caben dentro de la expresión “uso para participar activamente en las hostilidades” establecida en el artículo 8 (2) (e) (vii), no está expresamente definido en el Estatuto, ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba, ni en los elementos de

¹⁷¹ Ibidem, párr. 317

¹⁷² Ibidem, párr. 318 – 319

¹⁷³ Ibidem, párr. 319 – 321

Crímenes. La Sala acepta que “activa” y “directa” son palabras intercambiables o sinónimas, tal y como fluye de las versiones en inglés y francés del Estatuto, así como de las interpretaciones de los tribunales internacionales e inclusive del propio Comité Internacional de la Cruz Roja. Sin embargo, estableció la distinción de la participación “directa” en las hostilidades cuando el derecho internacional humanitario se refiere a civiles, que por ello pierden dicho estatus protector, del término “directo” o “activo” usado en el artículo 8 (2) (e) (vii), que busca brindar protección a menores de 15 años de edad, prohibiendo su participación activa en las hostilidades, pues persigue evitar el riesgo concomitante para sus vidas y bienestar. La adecuada interpretación, debe tener en cuenta el objetivo de la disposición, que es brindar protección. La Corte trae a colación el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional I y el artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II, según los cuales los niños menores de 15 años, ni siquiera deben ser reclutados ni menos tomar parte en las hostilidades, ni directa ni indirectamente. Asimismo, nota que, participación “activa” en las hostilidades no es sólo el “combate”, sino también otro tipo de participación activa, como exploración, espionaje, sabotaje, o el uso de niños como señuelos, mensajeros o en puestos de control militar.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Ibidem, párr. 322 y ss.

CAPÍTULO X

El principio de legalidad en el derecho penal internacional

1. Del *nullum crimen sine lege* al *nullum crimen sine iure*

Desde que en el ámbito internacional no hay leyes, ni Estado, ni Estado de Derecho ni democracia propiamente tal, hay quien opina que todos estos esfuerzos son indeseables,¹⁷⁵ desde que el concepto de *ius cogens* y el derecho penal internacional pueden ser vistos como “puras coartadas” para saltarse la falta de una democracia mundial.¹⁷⁶

Dejando por ahora de lado estas críticas y poniendo la mirada en quienes han intentado construir un derecho penal internacional, pese a las dificultades teóricas y prácticas, hay que tomar en consideración varios factores, entre otros, las distintas tradiciones jurídicas. Concordantemente, nos hemos aproximado, si quiera brevemente, a los principales sistemas jurídicos, en particular el *common law* y el *civil law* (que son los que con mayor intensidad han influido en la evolución del derecho penal internacional), así como la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales, con mayor detención en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con todo ello, podemos concluir que, así como en el derecho anglosajón es difícil hablar del principio de legalidad, ya que no todo el derecho penal está basado en la ley

¹⁷⁵ PASTOR, Daniel, ob. cit., p. 99 y ss.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 103.

desde que coexisten los *Statutory offences* con los tradicionales y antiguos *common law offences*, siendo reconducido a un “principio de juridicidad”, del mismo modo, en el derecho penal internacional los autores han reformulado el principio de forma semejante, llamándolo algunos *nullum crimen sine iure*,¹⁷⁷ o bien *nullum crimen sine lege*,¹⁷⁸ pero concibiendo a la *lex* en un sentido amplio, como sinónimo de Derecho.

CHERIF BASSIOUNI, lo explica tomando en cuenta “la ausencia de un órgano legislativo internacional”, por lo que plantea que “el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima “*nullum crimen sine iure*”, la que es “algo menos restrictiva que las rígidas aproximaciones nacionales positivistas de *nullum crimen sine lege*, que connota una mucho mayor especificidad”. Para BASSIOUNI, “*nullum crimen sine iure*” incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario, los cuales declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles.¹⁷⁹

En definitiva, el *nullum crimen sine iure*, no prejuzga ni impone un sistema de fuentes. Lo que se exige es que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal, ya sea en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate o en el ordenamiento internacional.¹⁸⁰

Aun cuando el principio *nullum crimen sine iure* es indudablemente más flexible que el principio de legalidad en la formulación tradicional del sistema de derecho codificado,

¹⁷⁷ OLLÉ SESE, Manuel, ob. cit., p. 582.

¹⁷⁸ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p. 232. REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*. Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1999, pp. 59 – 60.

¹⁷⁹ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of ...*, ob. cit. p. 268. Así también HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F. (dirs.), Barcelona, Bosch, 2013

¹⁸⁰ OLÁSULO ALONSO, Héctor, ob. cit., p. 27

de todas formas está limitado por ciertos principios fundamentales, como la irretroactividad de todo derecho aplicable, la cual está sólidamente incrustada en el derecho penal internacional,¹⁸¹ y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, que son aplicados en la práctica internacional, como acabamos de ver. Ante ello, hay quien estima que la reformulación a *nullum crimen sine iure*, “no altera el núcleo del principio”, en el sentido en que la norma ha de ser previa, con lo que de todas formas hay una barrera a la arbitrariedad, aun cuando la norma esté contenida en un convenio internacional, establecida en la costumbre o en los principios generales de derecho.¹⁸²

Ahora bien, en la definición de los delitos se constata que el proceso de formación de las normas que los contienen, ha estado exenta de una política y una técnica consistente de redacción.¹⁸³ Como resultado, muchas de ellas contienen definiciones amplias de los delitos, lo que proporciona mayor libertad al juez, y al mismo tiempo representa un problema en términos de *lex certa*.

Este problema, se ve agravado porque, bajo el principio *nullum crimen sine iure* no sólo se incluye la aplicación de los delitos internacionales establecidos en convenciones sino también aquellos que emanan del derecho consuetudinario.

Se hace así necesario que revisemos cuáles son las fuentes del derecho penal internacional, que formarían parte de este *iure* del principio *nullum crimen sine iure*, que a partir de ahora denominaremos principio de legalidad internacional.

¹⁸¹ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ob. cit. p. 44.

¹⁸² HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, ob. Cit., pp. 256 – 257

¹⁸³ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of ...* , ob. cit. p. 288.

2. Fuentes del derecho penal internacional

La condición de híbrido jurídico del derecho penal internacional se manifiesta con fuerza aquí, a la hora de determinar cuáles son las fuentes de este derecho, y particularmente desde cuáles de las fuentes formales pueden emanar los delitos internacionales y su penalidad, ante la ausencia de leyes en sentido estricto.

Se reconoce en general que las fuentes del derecho internacional general son las establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que incluye: los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales y, como secundarias o auxiliares, la jurisprudencia y la doctrina científica. Pero estas fuentes fueron establecidas para un Tribunal internacional que no posee competencia penal, ya que está encargado exclusivamente de resolver los problemas que se suscitan entre los Estados. Sin embargo, en general, se plantea este mismo sistema de fuentes para el derecho penal internacional.¹⁸⁴

Mientras, en general, es bastante aceptado que se establezcan delitos internacionales mediante un tratado internacional, como es el caso del Genocidio o los Crímenes de Guerra, la polémica surge a la hora de considerar si un delito puede emanar de lo que se ha llamado el “derecho no escrito”, como la costumbre y, todavía más, los principios generales.

Recurramos nuevamente a la evolución del derecho penal internacional, esta vez, desde perspectiva de las fuentes formales que han establecido los delitos internacionales.

¹⁸⁴ OLÁSULO ALONSO, Héctor, ob. cit., p. 27. Así también HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, “Crímenes internacionales...”, ob. cit., p. 256

El problema no se planteó mayormente en los juicios de Núremberg y Tokio, toda vez que los Tribunales aplicaron exclusivamente el respectivo Estatuto, retroactivamente.

En relación con los tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, sus respectivos Estatutos definen los delitos en términos amplios, por lo que deben recurrir a fuentes que están más allá de lo expresamente contenido en ellos. En este sentido, los Estatutos sólo efectúan una referencia genérica al derecho internacional humanitario en cuanto derecho aplicable. Fue el redactor del Estatuto del Tribuna para la ex Yugoslavia, el Secretario General, quien propuso que el Tribunal debería aplicar normas que fueran, más allá de toda duda, derecho internacional consuetudinario. Pero además, el Secretario General identificó ese derecho internacional consuetudinario en fuentes precisas. Recordemos brevemente que estas fuentes eran: Las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949; el IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento anexo, de 1907; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948; y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945.¹⁸⁵

Observemos que se acaba de identificar el derecho internacional consuetudinario aplicable e inmediatamente aparecen varias convenciones internacionales. ¿cómo es posible esto?

En el derecho internacional general, está bastante asentado que una misma norma puede existir como tratado y a la vez constituir una costumbre internacional.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Report of ... S/25704 (1993), ob. cit. párr. 35.

¹⁸⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, ob. cit. p. 442.

En lo que respecta al derecho penal internacional, la situación no es diferente. Alicia GIL GIL y Manuel OLLÉ SESÉ, basados en la “interacción de las distintas fuentes del derecho internacional”,¹⁸⁷ sostienen también que una norma jurídica internacional puede tener simultáneamente el carácter de un tratado internacional y a la vez ser una costumbre internacional y/o un principio general.

De este modo, la Convención contra el Genocidio, si bien nace originalmente como un tratado internacional vinculante únicamente para los Estados parte, en la actualidad forma parte del *ius cogens*, por lo que es vinculante para todos los Estados como una norma de derecho consuetudinario, sean o no parte de esta Convención. Otro tanto es posible decir con respecto a las Convenciones de Ginebra de 1949, y también al Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg aprobadas como “Principios” por la Asamblea General de Naciones Unidas. Los crímenes internacionales, llamados por OLLÉ SESÉ crímenes internacionales de primer grado,¹⁸⁸ tienen para ambos autores el carácter de *ius cogens*.¹⁸⁹

Ahora bien, las dudas pueden persistir en cuanto a los principios, pero puede afirmarse que el *nullum crimen sine iure* los incluye como una fuente sustantiva de criminalidad, atendido lo dispuesto en los art. 7 (2)¹⁹⁰ del Convenio Europeo y del art. 15 (2)¹⁹¹ del Pacto Internacional. No obstante, hay autores que han entendido que estas disposiciones cubren únicamente las persecuciones que tuvieron lugar tras la Segunda Guerra Mundial

¹⁸⁷ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit. p. 84. OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 562.

¹⁸⁸ OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 575.

¹⁸⁹ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit. p. 89. OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 575.

¹⁹⁰ Que establece: Artículo 7.2: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

¹⁹¹ Que dispone: Artículo 15.2: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

y que no tienen mayor relevancia en el moderno derecho internacional, ya que ese fue en sentido original de la norma.¹⁹² Pero, aun cuando es discutible recurrir a los *travaux preparatoires* para sostener esta interpretación, incluso si ellos se consultan, en lo que respecta al art. 15 (2) del Pacto Internacional, efectivamente se concluye que este fue inspirado con el deseo de dar legitimidad a las persecuciones que tuvieron lugar tras la segunda guerra, como hemos visto, pero de ellos no se desprende la conclusión de que el efecto de esta disposición se limita sólo a ese tipo de procedimientos.¹⁹³ Por el contrario, mientras algunos Estados entienden que el párrafo segundo cubre sólo las persecuciones de la postguerra, otros muchos Estados parte estiman que deberían cubrir casos futuros. Lo mismo puede decirse con respecto al art. 7 (2) del Convenio Europeo.¹⁹⁴

En un sentido concordante, Kai AMBOS puntualiza que los principios generales de derecho internacional del Pacto Internacional y la Convención Europea, no deben entenderse en el mismo sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino que se trata de una referencia a las reglas, también consuetudinarias, desarrolladas a partir del derecho de Núremberg,¹⁹⁵ esto es, los Principios de Núremberg, que más que principios en el sentido tradicional, serían reglas consuetudinarias. En efecto, así lo demuestra el hecho de que el Secretario General haya identificado el Estatuto del Tribunal de Núremberg, más allá de toda duda, como parte del derecho internacional consuetudinario.

¹⁹² Entre otros NILSSON, Jonas, ob. cit. pp. 42 – 43.

¹⁹³ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. pp. 233 – 234.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 234.

¹⁹⁵ AMBOS, Kai, *La Parte General Del Derecho Penal Internacional*, ob. cit. p. 36.

De este modo, podemos convenir en que, independientemente de que los crímenes internacionales que son objeto del derecho penal internacional, que son los crímenes de guerra, contra la humanidad y el genocidio, ellos tienen existencia internacional en calidad de norma *ius cogens*, y pueden ser invocados como Principios (Estatuto y Principios de Núremberg), como tratado o convención (Convención contra el Genocidio, Convenciones de Ginebra de 1949 y de La Haya de 1907), pero además como derecho internacional consuetudinario.

Es por ello que es posible sostener, además, que en general estos crímenes satisfacen los estándares de accesibilidad y previsibilidad, girando las dudas y discusiones no en cuanto a la retroactividad o la inexistencia de fuentes, sino más bien en cuanto a los términos amplios en que los delitos están definidos en todos esos instrumentos internacionales (*lex certa*).

Como ya sabemos, la situación mejora bastante en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no sólo porque mejora la definición de los delitos, sino porque el Estatuto establece un orden jerárquico de fuentes en el artículo 21.

Dentro de estas fuentes, la Corte Penal Internacional puede recurrir a los “principios y normas del derecho internacional”, incluido el derecho internacional humanitario, lo que es una referencia que incluye no sólo la costumbre sino además los principios generales. Pero, en subsidio de los principios y normas del derecho internacional, la Corte puede además “derivar” tales principios a partir de los sistemas jurídicos del mundo y del derecho interno de los Estados que “normalmente ejercerían jurisdicción” sobre el caso, en una alusión al principio de territorialidad y personalidad activa.

Notemos que aquí el Estatuto se está refiriendo a “verdaderos” principios, y no a los Principios de Núremberg, porque estos últimos fueron recogidos expresamente en el propio Estatuto. Se trata entonces de principios generales de derecho internacional, de principios derivados de los sistemas jurídicos del mundo, pero, de los cuales no emanan delitos internacionales. En efecto, la Corte sólo puede ejercer su jurisdicción complementaria con respecto a los delitos expresamente contenidos en el Estatuto, que son los mismos delitos internacionales de siempre. Lo que sucede es que, precisamente, en orden a satisfacer una mayor precisión, una mayor certeza y seguridad jurídica, el resto del derecho aplicable viene a llenar los vacíos que se puedan producir en un derecho nuevo, en el cual apenas se está formando su universo jurídico de referencia.

Concluamos preliminarmente que, en la práctica penal internacional, las fuentes que contienen los crímenes internacionales son las convenciones, la costumbre y los principios. No obstante, de todas formas “[a]lgunos autores exigen un derecho escrito y dudan si la costumbre y los principios generales del derecho satisfacen el principio de legalidad.” En opinión de FERDINANDUSSE, esta duda no se justifica.¹⁹⁶

Primeramente, porque los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda han sido ampliamente apoyados por los Estados.¹⁹⁷

Asimismo, de los aproximadamente 198 países que existen actualmente en el mundo, 123 han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que significa que, en general, ninguno de ellos tienen mayor inconveniente en concebir el principio de legalidad en términos internacionalmente amplios, incluyendo la costumbre y los

¹⁹⁶ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. pp. 232 – 233. En el mismo sentido, AMBOS, Kai, *La Parte General Del Derecho Penal Internacional*, ob. cit. p. 36.

¹⁹⁷ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p.233.

principios generales de derecho, principalmente, atendida la gravedad y trascendencia de estos crímenes.

Además, continúa FERDINANDUSSE, muchos “Estados en su derecho interno contienen referencias generales al derecho penal internacional, como por ejemplo, a las leyes y costumbres de la guerra, lo que sugiere que de alguna manera no excluyen del todo los delitos que emanan del derecho consuetudinario.”¹⁹⁸

También, la aplicación general de estas disposiciones ha sido reconocida en la práctica, ya no sólo a nivel internacional sino además en la práctica estatal interna. Algunos ordenamientos nacionales explícitamente reconocen a los principios generales como una fuente de criminalidad y varios tribunales nacionales los han aplicado en casos recientes.¹⁹⁹ Así por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en el art. 7 (2) del Convenio Europeo en el caso *Naletilic v. Croacia*.²⁰⁰

En fin, FERDINANDUSSE concluye que el derecho consuetudinario y los principios generales están ambos incluidos en la máxima *nullum crimen sine iure*. Su aplicación puede plantear cuestiones con respecto a la accesibilidad (conocimiento y claridad de la disposición) y a la previsibilidad, pero su condición de fuente del derecho penal internacional está bien establecida en el derecho internacional general, como lo indican las disposiciones del Pacto Internacional y la Convención Europea y la práctica de varios Estados.²⁰¹

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Ibídem, pp.234 – 235.

²⁰⁰ Ibídem, p.235.

²⁰¹ Ibídem, pp. 235 – 236.

Concluamos este apartado reiterando que, más que la retroactividad o las fuentes de las cuales emanan los delitos internacionales (que son los mismos de siempre), el problema actual está en la falta de precisión en la definición de los delitos, y en este problema sí afecta el hecho de que un delito se contenga en una pluralidad de fuentes con definiciones no siempre idénticas.²⁰²

Además de este problema de *lex certa*, el otro gran problema en la actualidad, es sin duda el principio de legalidad de la pena, que veremos a continuación.

3. El principio *nulla poena sine lege*

Mientras el principio *nullum crimen sine lege* ha experimentado una clara evolución en el derecho penal internacional, estando cada vez más cercano a la tradición de derecho codificado, pese a su mayor flexibilidad, con respecto al principio de la legalidad de la pena también es posible evidenciar una evolución, pero un tanto menos significativa.

Los Tribunales de Núremberg y Tokio tuvieron amplia libertad para determinar las penas que aplicaron, incluida la pena de muerte.²⁰³

Los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda pueden únicamente aplicar penas de prisión. En cuanto a la determinación de la pena, el Estatuto no contiene una pena específica para cada delito, sino sólo criterios, tales como la gravedad del ilícito, las circunstancias personales del condenado y las normas aplicables por los tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda.²⁰⁴

²⁰² Sobre las insuficiencias del Estatuto de Roma en cuanto a la taxatividad de los delitos, ver ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el Principio de legalidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 92 y ss.

²⁰³ El artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Núremberg disponía: En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa.

²⁰⁴ Artículos 24 y 23 de los respectivos Estatutos.

Con respecto a la Corte Penal Internacional, ya sabemos también todo lo difícil que fue ponerse de acuerdo sobre este punto, recogiendo en el artículo 78 del Estatuto únicamente criterios generales, aplazándose la discusión para el momento de adoptar las Reglas de Procedimiento y Prueba. La Regla 145 es la que finalmente estableció criterios más específicos, conteniendo factores neutros, atenuantes y agravantes, ninguno de los cuales es taxativo. Pese a que el artículo 23 del Estatuto se titula *Nulla poena sine lege*, sólo se limita a señalar que el condenado será penado de conformidad con el Estatuto. Bastante más regulada se encuentra la ejecución de la pena que su misma determinación. Con todo, se establecieron al menos límites máximos de 30 años, siendo la prisión perpetua de carácter excepcional y revisable, de conformidad a los artículos 77 y 110 del Estatuto.

Tampoco las convenciones internacionales que establecen los delitos internacionales imponen pena alguna, como es el caso de las convenciones contra el Genocidio y las de Ginebra de 1949, las que solamente caracterizan estos delitos como punibles. Evidentemente, tampoco hay penas específicas tratándose de los delitos consuetudinarios como los crímenes contra la humanidad.²⁰⁵

Por lo visto, es forzoso concluir que en la realidad penal internacional, la legalidad de la pena es bastante reducida, contentándose con estigmatizar la conducta como punible, fijando ciertos límites en cuanto al tipo de penas y topes máximos de privación de libertad, y criterios de determinación de la pena que en general no son taxativos. Por

²⁰⁵ Con todo, se ha elaborado, de manera privada, un proyecto de Convención sobre Crímenes de Lesa Humanidad. Para mayores detalles ver AMBIOS, Kai, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 17, 2012, pp. 1 - 30

ello, la doctrina penal, de nuestra tradición jurídica, ha sido en general bastante crítica sobre las insuficiencias de la legalidad de la pena en el Estatuto de Roma.²⁰⁶

Pero, esto no debe inducirnos a confusión y considerar que se trata de delitos sin pena, ya que, como bien dijera hace mucho QUINTANO RIPOLLÉS, la sanción existe, siendo el *quantum* lo que se ignora, y ello de alguna manera entra en el juego de aplicación judicial de las penas.²⁰⁷

Pero, ¿satisface esto el principio de legalidad de la pena en su dimensión de derecho humano?

Tanto el artículo 15 del Pacto Internacional como el artículo 7 del Convenio Europeo disponen, o bien que el delincuente se beneficiará de una ley que disponga de una pena más leve, o bien que no se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida. Ambas redacciones nos revelan la existencia de una ley o norma que de alguna manera establece un cierto margen punitivo limitado, a fin de poder comparar si la nueva norma establece una pena más o menos grave y así poder evaluar la retroactividad *in bonam partem* o bien si debemos atenernos a la prohibición de la retroactividad *in malam partem*.

Una alternativa es señalar que la realidad actual en cuanto al principio de legalidad de la pena, no cumple con las convenciones internacionales de derechos humanos.

²⁰⁶ Ver por ejemplo a ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, ob. cit., p. 41 y ss.

²⁰⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 105.

La otra alternativa, es la de Antonio CASSESE, quien reconoce que, pese a algunas limitaciones en cuanto a la discrecionalidad de los Tribunales “Este principio no es aplicable a nivel internacional, donde la tarificación de la pena no existe”.²⁰⁸

Volveremos sobre este tema más adelante, al revisar la aplicación interna de los crímenes internacionales.

4. Conclusiones

Admitido el hecho de que el derecho penal internacional debe someterse al principio de legalidad, en la conjugación entre derecho internacional y derecho penal, así como entre el *common law* y el *civil law*, el principio de legalidad internacional ha sido entendido como *nullum crimen sine iure*, estableciéndose más bien en un estándar de mínimos, de juridicidad más que de legalidad estricta, expresado en los conceptos de previsibilidad y accesibilidad.

Este estándar ha sido fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que significaría que si nos adecuamos a él, en principio no se violarán los derechos del acusado.

La propia gravedad de los crímenes y el hecho de que los delitos internacionales se basan en delitos comunes subyacentes, como homicidios, secuestros, torturas, etc., que son punibles en todos o casi todos los ordenamientos internos, reduce considerablemente los riesgos de arbitrariedad frente a un principio de juridicidad mínimo.

²⁰⁸ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ob. cit. pp. 51 – 52.

Si admitimos que estos crímenes internacionales son *ius cogens*, la discusión en cuanto a las fuentes formales del derecho penal internacional disminuye en importancia, ya que, no se trata delitos que surjan de manera repentina, como puede ocurrir en el ámbito interno, sino que son bastante bien conocidos y reconocidos en todo el mundo, y son básicamente los mismos delitos de Núremberg, de los Principios de Núremberg, del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de los Estatutos de los Tribunales de la ex Yugoslavia, Ruanda, y finalmente de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto en este último caso, ha debido ser ratificado por los Estados parte.

Por ello, no parece afortunada la expresión “derecho no escrito” para hacer referencia al derecho consuetudinario y a los principios generales, como si fueran normas que estuvieran flotando en el aire o fueran concebidas en la mente del juez y materializadas de improviso en una sentencia. Un verdadero derecho “no escrito” no satisface en ningún caso los estándares de “accesibilidad” primero (pues no habría cómo acceder a él), y “previsibilidad” después. Esto es válido no sólo para el derecho penal internacional, sino que incluso puede afirmarse con respecto al *common law* donde el juez se basa siempre en un derecho escrito, sea una “Act” (*statutory offences*) o bien en un precedente, una sentencia previa, también escrita (*common law offence*). Los crímenes internacionales están contenidos en documentos escritos, bien conocidos, que son los recién enumerados. Lo que sucede es que en la actualidad se plantea su aplicación universal, y la forma de hacerlo es mediante el derecho consuetudinario, los principios o el *ius cogens*. Pero hablar de derecho no escrito, pareciera ser una impropiedad de lenguaje.

Con respecto al *nullum crimen sine poena*, también existe una evolución pero de menor significación, que difícilmente puede estimarse como satisfactoria, no sólo desde el *civil law*, sino desde las propias convenciones de derechos humanos. Pero está visto que sobre este punto es bastante difícil alcanzar acuerdos entre los Estados, como lo revelan la disparidad de opiniones al momento de adoptar las respectivas normas en el Estatuto de Roma y la Regla 145 de Procedimiento y Prueba. Corresponderá a los Tribunales internacionales, particularmente a la Corte Penal Internacional, fijar estándares que le permitan una mayor concreción.

CAPÍTULO XI

Crímenes internacionales, principio de legalidad y tribunales internos

1. Sistemas de aplicación del derecho penal internacional

Para arrojar luz sobre lo confuso que puede resultar que unos mismos delitos internacionales puedan ser juzgados por tribunales internacionales y en ocasiones por tribunales internos, uno de los juristas que ha cultivado en profundidad esta materia, CHERIF BASSIOUNI, elaboró una clasificación de lo que denomina *Sistemas de Aplicación del Derecho Penal Internacional*.²⁰⁹

Por una parte, existe un Sistema de Aplicación Directo, que tiene lugar cuando el derecho penal internacional es aplicado directamente por tribunales internacionales, que es básicamente lo que hemos revisado hasta ahora. Junto a él, existe además un Sistema de Aplicación Indirecto, que se verifica cuando la aplicación de las normas internacionales, el juicio y la imposición de sanciones, es delegada o llevada adelante por tribunales internos,²¹⁰ en base a alguno de los principios de jurisdicción interna, ya sea el principio de territorialidad, personalidad activa y pasiva, así como el principio de jurisdicción universal. Lo que interesa resaltar, es que estos delitos emanan directamente de la comunidad internacional y no únicamente de un Estado en particular, aun cuando ellos puedan ser enjuiciados según uno u otro sistema de aplicación. Es importante notar también que, debido a que el Estatuto de la Corte Penal Internacional

²⁰⁹ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional...*, ob. cit., p. 80.

²¹⁰ Ibidem, p. 81.

opta por un principio de jurisdicción complementario a las jurisdicciones nacionales,²¹¹ en el futuro continuarán coexistiendo ambos sistemas de aplicación, siendo el Estado el primer llamado a juzgar estos crímenes, y sólo subsidiaria o complementariamente, entrará a conocer la Corte Penal Internacional.

2. El sistema de aplicación indirecto

Lo propio de este sistema indirecto es “definir un delito internacional, en primer lugar, a través de convenios multilaterales, y delegar, seguidamente, la aplicación del convenio y la imposición de las sanciones previstas para el delito en el derecho penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión”.²¹² Por regla general, como hemos visto, las normas internacionales de carácter penal no prevén sanciones, quedando entregado su establecimiento y aplicación a los Estados que suscriben los instrumentos internacionales. Los Estados han de juzgar estos actos de conformidad a su propia legislación interna, siendo necesario en muchos casos la incorporación de tales delitos al ordenamiento jurídico interno.

Este sistema indirecto, que como ya hemos dicho está llamado a ser de aplicación preferente, atendida la excepcionalidad de los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas y la complementariedad de la Corte Penal Internacional, presenta sin embargo una serie de deficiencias.

Siguiendo siempre a BASSIOUNI, demos cuenta de algunas de ellas: 1) sólo obliga a los Estados a actuar en conformidad con las obligaciones asumidas en los Tratados; 2) no se crea ninguna autoridad superior a los Estados que asegure el cumplimiento de

²¹¹ Según lo menciona expresamente el Estatuto, ver párrafo primero del preámbulo y arts. 1 y 17.

²¹² CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional...*, ob. cit., p. 81.

tales obligaciones; 3) tampoco se establecen mecanismos para la resolución de los conflictos que surjan entre los Estados; 4) ni se articulan garantías para los individuos objeto de las relaciones de cooperación entre Estados en este campo; 5) no existe una estructura global unitaria; 6) no se dispone de reglas generales o de modelos para la redacción de las disposiciones tipificadoras específicas; 7) no se prevén modelos uniformes o reglas generales aplicables a las previsiones específicas de las diversas infracciones; 8) no existe una política criminal definida; 9) no existe ningún sistema de aseguramiento de la aplicación efectiva de las normas de los tratados por parte de los encargados de su ejecución; 10) la aplicación y sanción resulta, por tanto, incompleta y se encuentra sujeta a las consideraciones de política interna que puedan afectar al Estado encargado de la aplicación.²¹³

Desde una perspectiva diferente, Enrique BACIGALUPO enumera otras dificultades, referidas más directamente al problema que presenta en este ámbito el principio de legalidad:

“a) Las vulneraciones de derechos humanos tienen lugar, por regla general, dentro de Estados dictatoriales, cuyo orden jurídico autoriza tales hechos. Es decir, en el marco de su propia legalidad, por lo tanto, tales violaciones no son antijurídicas. Esto da lugar a una primera pregunta: ¿Cuál es el derecho violado? ¿Cómo es posible sancionar penalmente actos que no eran antijurídicos en el momento de su comisión? La cuestión se relaciona con el *principio de legalidad*.

“b) La sanción de los excesos de una dictadura sólo puede tener lugar cuando la dictadura ha sido derrocada y reemplazada por un régimen democrático, es decir,

²¹³ Ibidem, p. 82.

por un nuevo Derecho. ¿Cómo es posible aplicar el derecho penal en forma retroactiva?

“c) Cuando la sanción de estos delitos tenga lugar por otros Estados, diferentes de la comunidad internacional reunida en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, ¿cómo es posible juzgar los hechos que tuvieron lugar en un territorio donde no eran antijurídicos y donde no regía el orden jurídico del Estado que juzga?”²¹⁴

3. Los distintos enfoques sobre el principio de legalidad

Frente a estas incógnitas, se han dado diversas respuestas, las cuales me parece que pueden ser agrupadas en tres grandes posiciones: (1) negar la vigencia del principio de legalidad; (2) reconocer la vigencia del principio pero reclamar su flexibilización por tratarse de casos excepcionales; (3) la aplicación interna del derecho internacional.

3.1.- Negación del principio de legalidad

Al igual que en el ámbito internacional, en el ámbito interno también se dudó en un comienzo en cuanto a si el principio de legalidad debía regir cuando los tribunales domésticos juzgan por estos delitos internacionales.

En algunos casos se negó abiertamente la aplicación del principio de legalidad, lo que ocurrió no sólo en los juicios que tuvieron lugar tras la Segunda Guerra, bajo la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, sino también en otros tantos casos posteriores.

²¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisdicción Penal Nacional y Violaciones Masivas a Los Derechos Humanos Cometidas en el Extranjero”. *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 204 – 205.

Así por ejemplo en el caso *United States v. Altstötter* (1947) el tribunal militar de Estados Unidos señaló que: “sería completamente absurdo sostener que la regla *ex post facto*, tal y como se conoce en las constituciones estatales, pueda ser aplicable a un tratado, a la costumbre o a una decisión basada en el *common law* de un tribunal internacional, o incluso a la aquiescencia internacional con respecto a tales hechos. El intento de aplicar la regla *ex post facto* debiera ser rechazado en un derecho que nace”. Sin embargo, a pesar de este categórico lenguaje, finalmente el tribunal optó por una interpretación restrictiva del principio de legalidad en lugar de su no aplicación.²¹⁵

En otro caso, *United States v. Von List* (1947), el tribunal señaló que no es necesario que el delito estuviera específicamente contenido en un Estatuto o tratado en particular, si es un crimen bajo una convención internacional o bajo los usos y costumbres de la guerra o bajo los principios de justicia criminal comunes a las naciones civilizadas. FERDINANDUSSE, revisando estos antecedentes, concluye que, más que la negación de la aplicación absoluta del principio, lo que se observa es su aplicación de una manera restrictiva, un reconocimiento mínimo del principio.²¹⁶

A una conclusión semejante llega FERNÁNDEZ PONS con respecto al caso *Eichmann*, en el cual el tribunal señaló que el principio de legalidad no había alcanzado todavía el estatus de derecho consuetudinario internacional. En favor de esta argumentación, la Corte Suprema israelita incorporó una cita textual de KELSEN en este sentido. No obstante, se reconoció que el principio se encontraba contenido en muchas constituciones, aun cuando no en todas, agregando que la conducta del acusado estaba prohibida desde tiempos inmemoriales por los derechos nacionales, y que desde esta

²¹⁵ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p.224

²¹⁶ Ibidem, pp. 224 – 225.

perspectiva la promulgación de la Ley israelí de 1950, por la cual era juzgado Eichmann, no infringía el principio *nulla poena* ni violaba el principio inherente al mismo.²¹⁷ Concluimos entonces que, al igual que en los casos anteriores, se aprecia que aun cuando la idea original es negar que sea procedente la aplicación del principio de legalidad, de alguna manera la Corte no pudo dejar de justificar un cierto respeto al principio, sin atreverse a afirmar, sin más, que no correspondía aplicarlo en el caso concreto.

3.2.- La flexibilización del principio en casos excepcionales

En este sentido NAUCKE propone una cuarta vía del derecho penal para casos de prevalimiento estatal, que se caracteriza por tres elementos:²¹⁸ (1) el Derecho positivo debe ser flexible, no exacto; (2) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley debe quedar de lado, cuando sea adecuado al fin perseguido, y (3) cabe fundamentar las decisiones en consideraciones jusnaturalistas. NAUCKE sostiene además que hay evidencia de que los tribunales no aplican los principios penales de una manera tan estricta en todos los casos, como en los delitos de lesiones, conducción bajo la influencia del alcohol, el hurto y la apropiación indebida, por lo que, con mayor razón, lo anterior estaría justificado cuando se trata de delitos cometidos con prevalimiento estatal.²¹⁹

BACIGALUPO ve una coincidencia de estos postulados de NAUCKE con los de JAKOBS y su tesis del derecho penal del enemigo, cuya tendencia es la lucha contra la criminalidad, operando no sobre el delito sino sobre el delincuente, lo que se justificaría

²¹⁷ FERNÁNDEZ PONS, Xavier, “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 5, 2002, pp. 4 – 5.

²¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisdicción ...”, ob. cit. p. 205.

²¹⁹ Ibidem, pp. 205 – 206.

por la decisión de los autores de autoexcluirse de la comunidad jurídica, lo que legitimaría efectuar una disminución de las garantías procesales y la expansión de los límites del derecho penal material,²²⁰ llegando incluso a considerar que quienes se han apartado de manera duradera o decidida del Derecho, “no presentan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.²²¹

Naturalmente, dice BACIGALUPO, un derecho penal de estas características alberga varias dudas con respecto a su legitimidad. Sin embargo, si ya existe este fenómeno cuando se trata de crimen organizado, terrorismo, tráfico de drogas, etc., y si consideramos que las violaciones masivas a los derechos humanos son *terrorismo de Estado*, es claro que la tesis de NAUCKE resulta confirmada por cuanto ha existido un prevalimiento del poder estatal, lo que justifica un tratamiento privilegiado, que no alcanza a estar justificado para el terrorismo común.²²² Con respecto al principio de legalidad, prosigue Bacigalupo, “[e]l problema de la ley previa y la irretroactividad del de la ley penal ha sido objeto de importantes contribuciones jurídicas tendentes a justificar una cierta relativización de estos principios”.²²³

En este mismo, hay quien estima que todo el derecho penal internacional, no es más que la manifestación de un tipo de derecho penal del enemigo,²²⁴ ya que se trata de un poder penal absoluto que conduce necesariamente a un desprestigio de los derechos humanos.²²⁵

²²⁰ Ibidem, p. 206.

²²¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 40.

²²² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisdicción ...”, ob. cit. p. 206.

²²³ Ídem.

²²⁴ PASTOR, Daniel, ob. cit., p. 173 y ss.

²²⁵ Ibidem, p. 179 y ss.

En principio, uno pudiera pensar que tales posturas pueden ser minoritarias o bien antiguas, todavía influenciadas por el juicio de Núremberg. Sin embargo, existen juicios nacionales recientes, que sugieren que el principio de legalidad no se aplica en su totalidad a crímenes y situaciones particulares.²²⁶

FERNÁNDEZ PONS revisa casos en los cuales se ha sostenido que el principio de legalidad puede ser desatendido o bien flexibilizado debido a las circunstancias excepcionales de los hechos, como el caso *Finta* juzgado en Canadá en 1994, en el cual el Juez Cory consideró razonable la ponderación de valores efectuada por KELSEN antes y después de la Segunda Guerra, concluyendo que la legislación canadiense no violaba un principio fundamental de justicia. Asimismo, en el caso *Polyukhovich* juzgado en Australia en 1991, el Juez Toohey relativizó el principio de legalidad señalando que era un principio mutable que dependía de las circunstancias del caso concreto.²²⁷

Otro caso que se cita como ejemplo de relativización del principio de legalidad es el de los centinelas del muro, en Alemania, en el que tanto los tribunales alemanes como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según algunos autores, dejaron a un lado el principio de legalidad de una forma que podría decirse que constituye una flagrante violación a los derechos humanos.²²⁸

Hay otro ejemplo, todavía más reciente, es el del Tribunal Especial para los derechos humanos de Indonesia, en el caso *Abilio Soares* (2002), en el que no obstante reiterar la

²²⁶ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p. 225.

²²⁷ FERNÁNDEZ PONS, Xavier, ob. cit. pp. 6 – 7.

²²⁸ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p. 225. En un sentido similar se manifiesta BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisdicción ...”, ob. cit. p. 208 – 209, quien recuerda además que el Pacto Internacional si bien había sido suscrito por la RDA no había sido ratificado, pero el Tribunal Supremo sostuvo que de todas formas estaba vinculada la RDA.

vigencia e inderogabilidad del principio de legalidad, luego, refiriéndose a la jurisprudencia de los tribunales para la ex – Yugoslavia y Ruanda, afirma que “el principio de legalidad no es absolutamente válido ya que pueden haber excepciones”.²²⁹

Otro ejemplo más lo hayamos en el caso *Domingos Mendonca* (2003) en el que el Tribunal Especial para Timor Oriental sostuvo que, “según el derecho internacional consuetudinario los crímenes contra la humanidad son crímenes bajo los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones lo cual constituye una excepción al principio de retroactividad”.²³⁰

Una vez más, y pese al lenguaje radical, según FERDINANDUSSE, en todos estos juicios se ha asegurado que la criminalidad de la conducta haya sido establecida de acuerdo al derecho internacional o, por lo menos, se ha verificado la “previsibilidad” de la sanción. En consecuencia, ellos no han dejado de lado el principio de legalidad sino más bien han aplicado estándares más flexibles para los crímenes internacionales.²³¹

3.3.- Aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno

Esta posición se basa, primeramente, en reconocer que existen crímenes internacionales que emanan directamente de la comunidad internacional, llamados a veces crímenes nucleares,²³² crímenes fundamentales o *core crimes*,²³³ o crímenes de primer grado,²³⁴ pero que son, exclusivamente, el Genocidio, los Crímenes de Guerra, los Crímenes Contra la Humanidad y la Guerra de Agresión.

²²⁹ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p.225.

²³⁰ Ídem.

²³¹ Ibidem, pp.225 – 226.

²³² AMBOS, Kai, “Crímenes nucleares ...”, ob. cit., pp. 21-34.

²³³ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p. 77.

²³⁴ OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit. p. 561.

Seguidamente, reconocer que tales crímenes forman parte del *ius cogens*, siendo por lo tanto vinculantes para todos los Estados más allá de cuál sea la fuente formal en la que estén contenidos, sea un tratado internacional, la costumbre o los principios generales del derecho internacional, existiendo siempre y en todo caso, un texto jurídico escrito, el cual deberá ser “accesible” y su aplicación ha de ser además “previsible”.

Y en tercer lugar, afirmar que la comisión de alguno de estos delitos acarrea responsabilidad penal internacional del individuo con independencia del “*hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna*” según previene el Principio II de los Principios de Núremberg aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, principio que a su vez, también es una norma de *ius cogens*.

Si admitimos todo lo anterior, también en la aplicación interna de alguno de estos delitos, en mi opinión, no hay forma alguna en la que el principio de legalidad pueda ser infringido, ni es necesario dejarlo de lado, ni flexibilizarlo.

En otros términos, la existencia de estos delitos, y por tanto el juicio con respecto a su eventual aplicación retroactiva, ha de hacerse según los criterios internacionales, según el estándar internacional, según el principio de legalidad internacional o *nullum crimen sine iure*. Ello, es consistente con lo que hemos dicho también con respecto al sistema de aplicación indirecto, en cuanto se trata de los mismos delitos cuyo juzgamiento puede ser efectuado bien por tribunales internacionales, o bien por tribunales internos.

Reconociendo la dificultad de fijar un momento preciso a partir del cual puede sostenerse la vigencia internacional indubitada de los *core crimes*, una fecha indicativa puede ser el 11 de diciembre de 1946, fecha en la cual fueron adoptados los Principios de Núremberg, lo que sería válido con respecto al crimen de agresión, los crímenes de

guerra y contra la humanidad; y el 9 de diciembre de 1948 con respecto al Crimen de Genocidio, fecha de adopción de la Convención.

Para no inducir a confusiones, reiteremos que en el juicio de Núremberg se violó el principio de legalidad, especialmente el de irretroactividad, y que pese a las matizaciones que hemos hecho más arriba, esta conclusión es ineludible. Pero, desde su creación, estos crímenes existen en la comunidad internacional, han sido ratificados no sólo por la Asamblea General de Naciones Unidas, sino por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*,²³⁵ y por el Consejo de Seguridad al establecer dos Tribunales internacionales con competencia sobre estos delitos. En fin, la existencia internacional de estos delitos ha sido reconocida por los tres órganos principales de Naciones Unidas, la Asamblea General, la corte Internacional de Justicia y el Consejo de Seguridad. Asimismo, recientemente los *core crimes* han sido confirmados por nada menos que la mayoría (mayoría absoluta si se quiere – 123 de 198 –) de los Estados, que han ratificado el Estatuto de Roma.

Un problema completamente diferente, es el hecho de que un respectivo Estado haya incorporado, o no, estos delitos a su derecho interno y que ello le genere, o no, problemas en cuanto a su propio y particular principio de legalidad, que podrá ser más o menos estricto que el principio de legalidad internacional, según su propia y particular constitución política.

²³⁵ La Corte Internacional de Justicia en el conocido caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, admitió la existencia en el derecho internacional contemporáneo, de obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, y sostuvo además que, “estas obligaciones resultan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.” Citado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, ob. cit. p. 14.

Cómo resolver los problemas que genera la falta de incorporación al derecho interno o una incorporación tardía, o las posibles diferencias en cuanto a las definiciones de las fuentes internacionales y las leyes internas que los incorporan o trasponen, es un asunto diferente, que abordaremos más adelante.

También me parece que es un problema diferente la mayor o menor amplitud de la definición de alguno de estos delitos y si tal o cual acto en concreto, cabe dentro de la respectiva definición, que sin duda puede ser encuadrado dentro de la problemática de la *lex certa*²³⁶, pero no de la *lex praevia* en su estricto sentido.

Si aceptamos lo anterior, me parece que no es necesario sostener que el principio de legalidad no se aplica a los crímenes internacionales, ni afirmar que en ciertos casos deben hacerse excepciones, ni que el principio debe ser flexibilizado, ni menos que es jurídicamente admisible “operar sobre el delincuente” considerándolo “enemigo”, considerándolo “no persona”, sin derechos humanos básicos, por haberse puesto al margen de las reglas de la sociedad.²³⁷ Los enemigos de la sociedad, incluso los enemigos de toda la humanidad, aun siendo enemigos, no por ello dejan de ser personas ni pierden sus derechos humanos, entre otros, el derecho a un debido proceso, y a no ser juzgados por normas retroactivas.²³⁸

²³⁶ Sobre este tema ver en detalle HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit., p. 267 y ss.

²³⁷ En opinión de MUÑOZ CONDE, el derecho penal del enemigo de JAKOBS, “recuerda mucho al ‘Derecho penal de autor’ que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la ‘perversión’, ‘inclinación o tendencia al delito’ o ‘peligrosidad criminal’ que pudiera tener su autor. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el <<derecho penal del enemigo>>*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 37

²³⁸ Sobre este punto es interesante destacar las afirmaciones de PRIETO SANCHÍS, en orden a que, detrás del derecho penal del enemigo, subyace un derecho penal de corte utilitarista, que concibe a los derechos fundamentales en conflicto, y ve como legítimo hacer primar unos por sobre otros, en un cálculo no sólo cualitativo sino además cuantitativo. Un derecho penal garantista se opone a esta concepción, que concibe a los derechos como *inmunidades* frente al Estado, frente al poder penal, que no admiten excepciones. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, ob. cit., pp. 68 – 74. Conviene

Asimismo, si es posible convenir en que estos crímenes internacionales existen con prescindencia de si la conducta es punible o no en el derecho interno, como lo señala el Principio II de Núremberg, todos los problemas que nos plantea BACIGALUPO, encuentran ahora solución sin necesidad de infringir ni flexibilizar el principio de legalidad.

Veamos brevemente.

a) En cuanto a que las violaciones a los derechos humanos se enmarcan dentro de la “legalidad” de un Estado dictatorial, por lo que no son conductas antijurídicas.

Existen crímenes internacionales cuya comisión genera responsabilidad penal internacional, con prescindencia de lo que diga el derecho interno, de si la conducta era punible o no en el ámbito interno, tanto porque no esté tipificado el delito como porque, estando tipificado, exista una norma que lo justifique o lo perdone, lo amnistíe o le ponga “punto final” a la responsabilidad penal “interna” de algún otro modo.

b) La sanción de los hechos sólo puede tener lugar cuando la dictadura ha sido reemplazada por un régimen democrático, por un derecho “nuevo”.

Con independencia de lo que haya dispuesto el derecho dictatorial o el derecho “nuevo”, los hechos han sido siempre criminales bajo el derecho internacional. Distinto es que, por cuestiones fácticas, el juicio se produzca al término de la dictadura por un tribunal internacional o por un tribunal extranjero (jurisdicción universal) o por el propio Estado de que se trate.

finalmente recordar que: “La razón de Estado, aunque hoy sea una razón revestida de invocaciones a favor de los propios derechos, se despliega frente ante los derechos fundamentales.” *Ibidem*, p. 74

c) Cómo juzgar por un tribunal extranjero donde no regía el orden jurídico del Estado que juzga si además los hechos en ese territorio no eran antijurídicos.

Nuevamente, ese Estado extranjero debe juzgar en base al derecho internacional, por crímenes internacionales, vigentes universalmente, en todos los Estados, tanto en el que ejerce jurisdicción universal, como en el Estado de nacionalidad o del territorio.

En fin, entiendo que a esta posición adhiere REMIRO BROTONS cuando afirma que en el derecho internacional la *LEX*, se expresa también mediante el derecho consuetudinario y principios generales del derecho, y que, en relación con la retroactividad, la fecha decisiva para juzgar un crimen internacional no es la de su incorporación al derecho interno, sino su cristalización en normas de derecho internacional.²³⁹

De igual modo OLLÉ SESE se inscribe en esta posición cuando afirma que los crímenes de primer grado están prohibidos por una norma de *ius cogens* de derecho internacional, al margen de que en la correspondiente legislación interna exista o no una norma penal prohibitiva,²⁴⁰ y cuando sostiene que la tipificación interna de los delitos internacionales lo que hace es, desde la ley doméstica, reforzar la legalidad internacional.²⁴¹

También WERLE se sitúa aquí, al sostener que “los crímenes de derecho internacional no son asuntos internos y no rige respecto de ellos los límites que el derecho internacional sienta a la expansión del poder punitivo del Estado, sobre todo en el marco

²³⁹ REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet ... ob. cit.*, pp. 59 – 60.

²⁴⁰ OLLÉ SESE, Manuel, *ob. cit.* p. 575.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 579.

del principio de no injerencia”²⁴² o bien que “las normas de derecho penal internacional traspasan el blindaje de la soberanía estatal.”²⁴³

En otra línea argumental, pero arribando a la misma conclusión, ZAHAR y SLUITER, sostienen que tanto el Pacto Internacional como la Convención Europea prohíben la retroactividad penal, pero dejan muy claro que esto no se restringe al ordenamiento jurídico interno. La conducta perseguida debe ser delito en cualquiera, o en el derecho interno o en el derecho internacional.²⁴⁴

Ahora bien, aceptar la existencia de los crímenes internacionales, con independencia de su consagración interna, si bien es la mejor alternativa en cuanto a seguir manteniendo la plena vigencia del principio de legalidad, sin duda es un camino pedregoso que presenta varias dificultades a la hora de llevar esto a la práctica, como determinar qué sucede ante la falta de incorporación al derecho interno o ante una incorporación tardía, así como el problema de las posibles diferencias en cuanto a las definiciones internas e internacionales del delito.

Demos cuenta de ellas y de las alternativas que se presentan.

4. La obligación de los Estados de aplicar los delitos internacionales

Como explica BASSIOUNI, el sistema de aplicación indirecto consiste en “definir un delito internacional, en primer lugar, a través de convenios multilaterales, y delegar, seguidamente, la aplicación del convenio y la imposición de las sanciones previstas para

²⁴² WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. pp. 126 – 127.

²⁴³ Ibidem, p. 81.

²⁴⁴ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, *International Criminal Law, A Critical Introduction*. Oxford, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 491 – 492.

el delito en el Derecho Penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión”.²⁴⁵

Por tanto, de conformidad al principio de derecho internacional general, *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), recogido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,²⁴⁶ los Estados están obligados a cumplir sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

En materia penal internacional, los Estados deben sancionar este tipo de crímenes, toda vez que han asumido compromisos internacionalmente en cuanto a su aplicación, a pesar de que su derecho interno en ocasiones no contenga las previsiones suficientes para ello.²⁴⁷ Por eso, generalmente los tratados contienen también obligaciones en cuanto a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias, para la efectiva aplicación de estos delitos.²⁴⁸

²⁴⁵ CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 81.

²⁴⁶ Que disponen:

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

²⁴⁷ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit., p. 221.

²⁴⁸ Así por ejemplo el artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, dispone: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.” Énfasis añadido.

Ahora bien, la adopción de estas medidas legislativas, nos remite a temas generales del derecho internacional, como son la incorporación del derecho internacional al derecho interno, y la posibilidad de autoejecutabilidad de las normas internacionales, según veremos a continuación.

4.1.- Incorporación y autoejecutabilidad de las normas internacionales

La recepción o incorporación tiene que ver con los métodos o mecanismos necesarios para que la norma internacional adquiera validez jurídica dentro del Estado y pueda por tanto ser aplicada por los tribunales internos.

El principio general es que los Estados gozan de plena autonomía en cuanto a los medios y métodos de incorporación, los que son soberanamente definidos por el derecho interno,²⁴⁹ generalmente por las constituciones políticas. La contrapartida de esta autonomía, es precisamente que los Estados no pueden invocar su derecho interno para dejar de cumplir sus compromisos internacionales,²⁵⁰ de conformidad al principio *pacta sunt servanda* y a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, como acabamos de ver.

En cuanto a la incorporación, existen dos posturas tradicionales, que son el Monismo y el Dualismo. La aproximación Monista entiende que el derecho internacional y el

Igualmente, el inciso primero del artículo común 49/50/129/146 establece: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.”

²⁴⁹ REMIRO BROTONS, Antonio, et. al., *Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 630.

²⁵⁰ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, ob. cit. p. 490. Estos autores citan varios casos de la Corte Permanente de Justicia Internacional, donde se sostuvo esta tesis, aún antes de la adopción de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, como son *Free Zone Case* (1932), *Advisory Opinion in the Greco-Bulgarian Communities case* (1930), *Polish Nationals in Danzing case* (1931), ver nota al pie nº 35.

nacional conforman un único ordenamiento jurídico, por lo que un tratado internacional, una vez ratificado, adquiere pleno efecto en el ámbito interno. Esta alternativa también es conocida como “incorporación automática”. La aproximación Dualista, por el contrario, asume que el derecho internacional y el interno son dos órdenes jurídicos separados, por lo que, tras la ratificación, el tratado internacional no adquiere efecto interno, siendo necesaria la adopción de una ley interna que lo reproduzca o bien que declare que el tratado tiene validez interna.²⁵¹

La autoejecutabilidad o *self-executing*, está referida a si las normas internacionales vigentes, válidas en el ámbito interno, esto es, ya incorporadas, se bastan a sí mismas y por tanto pueden ser aplicadas sin más trámite por un tribunal interno, o bien si ellas requieren de leyes o regulaciones administrativas que las completen y desarrollen.²⁵² Evidentemente, un mismo tratado internacional puede tener disposiciones autoejecutables y otras que no tengan este carácter.

4.2.- Incorporación y autoejecutabilidad de las normas “penales” internacionales

Tratándose de normas de derecho penal internacional, ellas adquirirán vigencia interna de manera automática o mediante una ley interna de incorporación, según si el Estado adhiere a la posición Monista o Dualista, no sufriendo el esquema grandes modificaciones, salvo en lo que dice relación con el derecho internacional consuetudinario.

Tratándose de normas consuetudinarias, desde la aproximación Monista no surgen alteraciones, ya que la norma adquiere vigencia interna por formar parte del

²⁵¹ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, ob. cit. pp. 490 – 491.

²⁵² REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, *Derecho Internacional*, ob. cit., p. 639 y ss.

ordenamiento jurídico internacional y, por ende, del interno, al ser concebidos como un todo uniforme. Desde la aproximación Dualista, será menos evidente si el Estado está obligado o no a incorporar estas normas consuetudinarias en su ordenamiento interno. No obstante, en la actualidad, según afirma WERLE, el Estado donde se han cometido crímenes de derecho internacional tiene la obligación de castigarlos de conformidad al derecho internacional consuetudinario.²⁵³ Si esto es así, resulta altamente recomendable para el Estado incorporar todos los crímenes internacionales en su derecho interno, sean de fuente convencional o consuetudinaria.

Otra particularidad es que, a diferencia de los demás tratados internacionales en materia penal, el Estatuto de Roma no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno, pero, de no hacerlo, la posible “sanción” será que la Corte podrá ejercer su jurisdicción complementaria sobre el caso.²⁵⁴

Superada la barrera de la incorporación, surge la segunda cuestión, de determinar si las normas penales internacionales, en especial las que establecen los *core crimes*, son directamente aplicables por los tribunales internos, esto es, si son autoejecutables, o bien si ellas necesitan ser desarrolladas o complementadas por la legislación nacional. Tres problemas pueden surgir aquí: (1) la diferencia de fuentes nacionales e internacionales; (2) la definición de los delitos internacionales, y (3) la penalidad aplicable.

Primeramente en relación a las fuentes, bien sabemos que, de conformidad al principio de legalidad internacional, son fuentes formales de delitos no sólo los tratados, sino además la costumbre y los principios generales, en tanto cumplan con el estándar de la

²⁵³ WERLE, Gerhard, 2005, ob. cit. p.130.

²⁵⁴ Ibidem, pp. 148 – 149.

accesibilidad y de la previsibilidad. En los sistemas de derecho codificado, que consagran un principio de legalidad más estricto, se admite como fuente de delitos y penas exclusivamente a la ley en sentido formal, exigiéndose en algunas ocasiones incluso un quórum especial, como es el caso de España. Por ello es perfectamente posible que en algún ordenamiento jurídico no sea suficiente la incorporación, sino que además el contenido de las disposiciones penales internacionales deba ser reproducido en una ley en sentido formal y con el quórum que sea necesario, para así poder cumplir con las exigencias que establece el principio de legalidad interno y garantizar la aplicación de los crímenes internacionales por los tribunales internos.

En cuanto a la definición de los delitos, debemos recordar que la mayoría de los crímenes internacionales están definidos en términos amplios, los cuáles si bien pueden satisfacer los requisitos de accesibilidad y previsibilidad internacionales, puede no ocurrir lo mismo con un principio de legalidad interno más estricto, en términos de *lex certa*, lo que puede tener lugar con mayor probabilidad en los sistemas de Derecho codificado. En cuanto a la *lex scripta* (o accesibilidad en la formulación internacional), tratándose de convenciones internacionales, será posible recurrir directamente a la definición contenida en ellas, pero tratándose de derecho consuetudinario, satisfacer el estándar interno se hace más difícil, aun cuando, siempre será posible recurrir a la formulación originaria de los crímenes internacionales en los Principios de Núremberg como fuente formal indubitada en el ámbito internacional. Con todo, de no existir un texto escrito, la disposición no será accesible, incumpliendo la exigencia de un texto escrito o *lex scripta*.

Pero, con toda seguridad, los problemas más serios se presentan con respecto a la penalidad aplicable, porque habitualmente lo que hacen las normas internacionales que

establecen delitos es únicamente indicar que tal o cual conducta es delictiva y conlleva responsabilidad penal, es punible, pero no se especifica la pena aplicable, ya que los delitos fueron formulados, o bien sobre la base de que la penalidad sería determinada por un tribunal internacional, o bien porque la proporcionarían los Estados al dictar las normas de trasposición o de complementación para darles autoejecutabilidad.²⁵⁵ Nuevamente, los problemas se presentan mayormente en los ordenamientos basados en la tradición codificada o *civil law*, quienes deberán dictar la correspondiente ley que establezca la penalidad de cada delito, para así poder cumplir con su principio de legalidad interno y garantizar la aplicación interna de los crímenes internacionales.

Para terminar este apartado notemos que, al determinar si la norma es autoejecutable o no, hemos tenido que tomar en consideración el principio de legalidad en su formulación interna. Ello, porque para determinar si la norma es suficientemente desarrollada, si es completa, el estándar está dado precisamente por el principio de legalidad interno, generalmente establecido en las constituciones políticas, y no por el estándar internacional.

²⁵⁵ Sobre este punto es interesante destacar que existen ordenamientos jurídicos nacionales que contienen una regla específica de referencia al derecho internacional de los *core crimes*, por lo que estas condiciones pueden casi siempre ser reunidas, como ocurre en el art. 109 del Código Penal Militar de Bélgica. Cita estos antecedentes FERDINANDUSSE, Ward., ob. cit. p. 254.

CAPÍTULO XII

La posibilidad de la aplicación directa de las normas que contienen crímenes internacionales, por los tribunales internos

1. Planteamiento

La práctica demuestra que varios tribunales internos se han debido enfrentar al problema de si los *core crimes* o crímenes fundamentales, pueden ser perseguidos internamente cuando existen vacíos en el derecho nacional o bien este es defectuoso. En muchos casos, los tribunales rechazan esta posibilidad, siendo aquí el principal obstáculo el principio de legalidad.²⁵⁶

Como lo hemos sostenido, los delitos internacionales tienen primero existencia internacional y, en la actualidad, en general satisfacen el principio de legalidad internacional, desde que es entendido como *nullum crimen sine iure*, admitiéndose la pluralidad de fuentes formales (tratados, costumbre y principios), teniendo los crímenes internacionales la condición de *ius cogens*. Sin embargo, si bien el principio de legalidad internacional puede estar satisfecho, en la medida en que ellos sean accesibles y previsibles, en muchos ordenamientos internos puede acontecer que no se satisfaga el principio de legalidad interno, generalmente establecido en las constituciones políticas, en especial en los países de derecho codificado o *civil law*, donde las diferencias son considerables.

²⁵⁶ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p.221.

La pregunta que surge entonces es, si pueden los tribunales internos juzgar a una persona por crímenes internacionales, en base a alguna de las fuentes internacionales y aplicar el estándar del principio de legalidad internacional, o bien si necesariamente debe satisfacerse, “además”, el principio de legalidad interno, porque se entiende que el Tribunal nacional únicamente puede aplicar su respectiva ley formal interna. ¿Qué pasa si el tribunal no tiene ley formal interna, porque la norma internacional no ha sido incorporada o desarrollada? Aún más, ¿qué pasa si la ley formal interna difiere, discrepa o incluso es por completo opuesta a la norma internacional, como cuando existe una ley de amnistía, por ejemplo?

Recordemos que, según el principio *pacta sunt servanda*, y particularmente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el Estado no puede invocar su propio derecho interno como motivo válido para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales.

Las alternativas que se han barajado por la doctrina son diversas, y las soluciones aplicadas por los tribunales internos también.

2. Casos a favor y en contra de la aplicación directa de crímenes internacionales por Tribunales internos.

Sin ánimo de ser exhaustivos, revisemos cómo los tribunales nacionales se han enfrentado a esta problemática en la práctica.

2.1. Casos a favor ²⁵⁷

En Argentina el principio de legalidad no ha sido un obstáculo para los juicios, aplicando su derecho interno y supletoriamente el derecho internacional, sea en base a tratados o a la costumbre o principios generales, a los cuales les ha dado incluso el carácter de normas de *jus cogenes*. Concretamente, la Corte Suprema argentina ha declarado que el principio de legalidad debe, en estos casos, entenderse de una forma distinta a la tradicional ya que no se pueden modificar las regulaciones internacionales.²⁵⁸

A su turno, la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2002, juzgando la compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución, sostuvo que el estándar del principio de legalidad en el derecho interno e internacional no es idéntico.²⁵⁹

En el caso *Barbie* (1984), las Cortes francesas rechazaron las apelaciones basadas en el principio de legalidad [interno], argumentando que la Convención Europea y el Pacto Internacional disponen que los crímenes contra la humanidad están exentos del principio de legalidad tal y como está establecido en el Derecho francés. Un razonamiento similar ha sido aplicado por la Corte Constitucional de Eslovenia en varios casos en la década de los 90'.²⁶⁰

²⁵⁷ Seguimos en esta materia la síntesis que nos ofrece FERDINANDUSSE, de casos en los cuales se ha hecho una diferenciación clara entre el principio de legalidad referido a los crímenes ordinarios y a los crímenes internacionales por varias cortes nacionales. FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit. p.226.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.226 y pp. 71 – 73.

²⁵⁹ *Ibidem*, p.226.

²⁶⁰ *Ídem*.

En Hungría, en 1993 la Corte Constitucional también encontró que las persecuciones por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra no están gobernados por el principio de legalidad [interno], haciendo referencia a los ya mencionados artículos pertinentes del Pacto Internacional y la Convención Europea. La Corte sostuvo además que estas convenciones hacen posible la persecución de crímenes *sui generis* definidos por el derecho internacional incluso para aquellos Estados cuyo ordenamiento jurídico interno no reconoce la definición o no sanciona una acción u omisión. Por ello, la Corte concluyó que estos actos deben ser perseguidos y sancionados de acuerdo con las condiciones y requerimientos impuestos por el derecho internacional.²⁶¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Naletilic v. Croatia* (2000) declaró inadmisible una reclamación basada en el artículo 7 de la Convención Europea, haciendo aquí una clara distinción entre los *core crimes* y los crímenes comunes con respecto al principio de legalidad.²⁶²

También es interesante destacar que algunos Estados en la formulación del principio de legalidad de su ordenamiento nacional, han establecido expresamente una excepción en el caso de crímenes internacionales, siguiendo la redacción de la Convención Europea y del Pacto Internacional. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el artículo 42 (1) de la Constitución polaca de 1997, la cual establece que el principio de legalidad no impedirá la sanción de cualquier acto que, en el momento de su comisión, constituya un crimen de conformidad al derecho internacional. Similar disposición se encuentra en el Código Penal de Bosnia – Herzegovina (art. 3 (2)) y en la Constitución canadiense de 1982 (art. 11(g)). En este último texto, la Comisión Canadiense de Investigación de Criminales de

²⁶¹ Ibidem, p.227.

²⁶² Ibidem, p. 228.

Guerra (*Deschenes Comission*) concluyó que los principios generales de Derecho reconocidos por la comunidad de naciones, pueden formar la base para la persecución de los crímenes de guerra.²⁶³

En todas estas decisiones y disposiciones subyace la concepción de que, la persecución de los *core crimes*, también por las cortes nacionales, está gobernada por el estándar internacional del principio de legalidad, el cual es menos estricto que el estándar del derecho penal nacional de los países de derecho codificado. Esta aproximación parece estar en la línea de la posición que ocupa el principio dentro de los derechos humanos en la actualidad.²⁶⁴

2.2. Casos en contra

Sin embargo, existe también una práctica en contrario. Muchos ordenamientos jurídicos nacionales no hacen una distinción explícita en cuanto al principio de legalidad en la persecución de crímenes internacionales. En lugar de ello, aunque son pocos, algunos Estados incluso han hecho reservas a la cláusula de excepción del Convenio Europeo y del Pacto Internacional en orden a objetar la persecución de actos que sean criminales de acuerdo a los principios generales del derecho. Alemania Occidental (RFA) al ratificar la Convención Europea, declaró que sólo aplicaría el art. 7 (2) dentro de los límites de su derecho nacional. Desde que su derecho nacional contiene un estricto principio de legalidad, esta afirmación equivale esencialmente a no aceptar el art. 7 (2). De modo similar, Argentina hizo una reserva al art. 15 (2) del Pacto Internacional, pero

²⁶³ Ibidem, p. 227.

²⁶⁴ Ibidem, pp. 227 – 228.

la aplicación de esta reserva ha sido dejada de lado en varios casos por los tribunales argentinos.²⁶⁵

En el caso *Armando do Santos*, la Corte de Apelaciones de Timor Oriental sostuvo que, aun cuando los actos cometidos por el acusado en 1999 configuran un crimen contra la humanidad previsto en la sección 5.1 (a) de la regulación 2000/15 del UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) el acusado no debe ser juzgado y condenado en base a esta ley penal, la cual no existía en el momento en que los hechos fueron cometidos y, por lo tanto, no puede ser aplicada retroactivamente.²⁶⁶

En casos como *Bouterse* (2001) y *Habré* (2001), los *core crimes* no fueron tratados de una manera diferente a los delitos ordinarios (comunes) en lo concerniente al principio de legalidad. En el caso *Habré*, la Corte de Apelaciones de Senegal, sostuvo que ante la ausencia de la penalización de los crímenes contra la humanidad en el derecho nacional, el principio de legalidad establecido en el Código Penal impedía la persecución de estos crímenes por los tribunales senegaleses. En el caso *Bouterse*, la Corte Suprema holandesa sostuvo que el principio de legalidad, tal y como está establecido en el derecho holandés, no hace excepción tratándose de crímenes internacionales, sino que, al contrario, constituye una prohibición absoluta de perseguir los delitos no basados en la ley neerlandesa.

Numerosos otros juicios no contienen afirmaciones explícitas en cuanto al rol del principio de legalidad, pero parecen adherir a la misma línea de pensamiento de una manera más implícita. Ellos no ven razón para un tratamiento diferenciado de los

²⁶⁵ Ibidem, pp. 228 – 229.

²⁶⁶ Ibidem, p.229.

crímenes internacionales con respecto a los crímenes ordinarios en lo que respecta al principio de legalidad.²⁶⁷

En suma, tras pasar revista a estos casos, FERDINANDUSSE concluye que el cuadro de la práctica de los Estados está dividido. Mientras en algunos ordenamientos existen leyes y sentencias judiciales categóricas en orden a la aplicación de un estándar internacional del principio de legalidad para los *core crimes*, en otros tribunales nacionales ello no acontece. Pero, más allá de toda duda, los precedentes mencionados indican que puede haber una diferencia significativa entre el principio de legalidad nacional e internacional.²⁶⁸

2.3. El Caso Scilingo

El caso *Scilingo* es extraordinariamente interesante, por cuanto los tribunales que han intervenido han optado por distintas soluciones con criterios y fundamentos diferentes.²⁶⁹

El caso *Scilingo* es uno de los llamados “Juicios de Madrid”,²⁷⁰ en alusión a aquellos casos que han sido instruidos por la Audiencia Nacional en el ejercicio del principio de jurisdicción universal.

Digamos brevemente que Adolfo Scilingo fue imputado por una serie de violaciones a los derechos humanos cometidas durante los primeros años de la dictadura argentina, los cuales fueron calificados en las acusaciones particulares como Genocidio y Terrorismo de Estado.

²⁶⁷ Ídem.

²⁶⁸ Ibídem, p.229.

²⁶⁹ Sobre este tema ver también a HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit., p. 271 y ss.

²⁷⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Jurisprudencia aplicada a la práctica...” ob. cit., p. 69.

Es interesante destacar que, inicialmente, la Audiencia Nacional negó tener jurisdicción, entre otros argumentos, porque “durante las dictaduras argentina y chilena no se cometieron en realidad los mencionados delitos de genocidio o terrorismo, sino los de homicidio, asesinato, tortura, detención ilegal, etc.”, esto es, delitos comunes, respecto de los cuales no cabe el ejercicio de la jurisdicción universal.²⁷¹

Aceptada finalmente la competencia por los tribunales españoles, respecto de los delitos de genocidio y terrorismo organizado, se prosiguió con la investigación y juicio posterior, dictándose condena con otra calificación jurídica, esta vez por un único “delito de lesa humanidad” con causación de (como delitos subyacentes) treinta muertes alevosas, un delito de detención ilegal y un delito de tortura, aplicándose una pena por cada uno de los delitos base. Más tarde, el Tribunal Supremo, confirmando la condena, nuevamente cambió nuevamente la calificación jurídica, estimando la responsabilidad penal de Scilingo como autor de 30 delitos de homicidio, un delito de detención ilegal y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal, todos ellos sancionados por el Código Penal vigente, “que constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal”.

Acotemos que los hechos datan de 1976 y 1977, fecha en la cual estaba vigente en el ordenamiento interno español el delito de genocidio. De los distintos grupos incluidos en la definición de genocidio, no se contemplan los grupos políticos, sino sólo los raciales, religiosos, étnicos y los grupos nacionales. Este último colectivo, el grupo nacional, había sido objeto de una interpretación amplia para incorporar a los grupos políticos y así sostener jurisdicción, entre otros, en el caso Pinochet. Esta interpretación fue sostenida por la Audiencia Nacional y confirmada por el Tribunal Supremo.

²⁷¹ Ibidem, p. 70.

En el año 2003, mediante Ley Orgánica,²⁷² se incorporó el delito de lesa humanidad, que entró en vigor el 1º de octubre de 2004. La Sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* es de 19 de abril de 2005, y la del Tribunal Supremo de 1º de octubre de 2007.

Hasta antes de la incorporación y vigencia interna en el derecho español del delito de lesa humanidad (2004), se había recurrido a la interpretación amplia de genocidio, representando el *caso Scilingo* un cambio importante de criterio, al calificar ambos, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, como delitos de lesa humanidad las violaciones masivas a los derechos humanos en contra de un grupo político, dejando de lado el delito de genocidio.

En el fallo de la Audiencia Nacional se argumenta bastante en favor de la existencia internacional de los crímenes contra la humanidad en la época de comisión de los hechos, citándose los Estatutos y sentencias de varios tribunales penales internacionales, el proyecto de código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y una serie de resoluciones y convenciones para concluir que se trata de una norma consuetudinaria y de *ius cogens*. Indica la sentencia que la incorporación reciente en el ordenamiento español del delito de lesa humanidad no afecta su vigencia internacional previa y que para medir la retroactividad, se debe atender a la fecha de su cristalización a nivel internacional y no a su incorporación interna. La sentencia se apoya también en el Pacto Internacional y en la Convención Europea, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para “reinterpretar” el principio de legalidad en el ámbito internacional, evaluando posteriormente la “previsibilidad” con respecto al caso concreto de Scilingo, recurriendo incluso al derecho interno vigente en la época en

²⁷² LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Argentina. En cuanto a la penalidad, aplica la correspondiente a los delitos base o subyacentes en el delito de lesa humanidad, que fueron los homicidios alevosos, detención ilegal y tortura.

Esta sentencia, ha sido objeto de severas críticas por un sector importante de la doctrina española,²⁷³ basadas principalmente en argumentos de derecho penal y constitucional, cuestionando la inaplicación del principio de legalidad interno, con distintos matices y énfasis.

Por su parte, el Tribunal Supremo concuerda con la Audiencia Nacional en que los hechos no configuran el delito de genocidio, sosteniendo una interpretación literal de la convención. Reconoce que los hechos pueden ser mejor encuadrados como crímenes contra la humanidad, pero sostiene que, a causa del principio de legalidad, la condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris* de “*crímenes de lesa Humanidad*” como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad.

Si analizamos estas sentencias desde la perspectiva del derecho penal nacional, ciertamente estaremos de acuerdo con la doctrina española en que el fallo de la Audiencia Nacional infringe el principio de legalidad interno. Y probablemente convengamos en que, siendo menos cuestionable el fallo del Tribunal Supremo desde el

²⁷³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Jurisprudencia aplicada a la práctica...” ob. cit., y GIL GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional ...”, ob. cit.

principio de legalidad español, sin duda presenta problemas para sostener el ejercicio de la jurisdicción universal.

Mientras la calificación de los hechos como genocidio es sin duda cuestionable, parece una contradicción haber sostenido antes la configuración de este delito y luego rechazarla. Esta interpretación extensiva del delito de genocidio, no sólo es problemática para el principio de legalidad interno, sino también para el principio de legalidad internacional, ya que internacionalmente los grupos políticos, con toda claridad, no se encuentran contenidos en el ámbito de protección de este delito.

La mejor calificación sin duda parece ser el crímenes contra la humanidad, pero presenta la problemática ya señalada de su no tipificación interna (ni en España ni en Argentina) al momento de los hechos, además de la ausencia de penalidad.

No obstante, la calificación jurídica que parece no ser cuestionable desde el punto de vista del principio de legalidad interno, ni tampoco desde la perspectiva de la jurisdicción universal, es el delito de terrorismo organizado, en su formulación como “terrorismo de Estado”, similar pero no idéntico en su configuración, a los crímenes contra la humanidad. Quien emplea la tortura, las detenciones ilegales, los homicidios y secuestros deliberadamente como una política de Estado, para infundir terror en la población y así poder gobernar el país a su antojo, comete un delito de terrorismo, que además puede caber dentro del amplio rótulo de los crímenes contra la humanidad. La dificultad está en admitir que otro Estado sea, o haya sido, una organización terrorista.

3. Opiniones doctrinarias a favor y en contra de la aplicación directa de crímenes internacionales en la doctrina española

Como dijéramos, la doctrina también se encuentra dividida a este respecto. Partiremos por la doctrina española.

3.1. Posiciones en contra

Alicia GIL GIL primeramente, en cuanto a la naturaleza jurídica de las normas que contienen los crímenes internacionales, las concibe como formando parte del *ius cogens*, dando dos razones para ello: “1. Han de poder aplicarse aún contra la voluntad de los Estados, ya que la mayoría de las veces se trata precisamente de conductas realizadas en el marco de una política estatal. 2. Vinculan directamente a los ciudadanos de todo el mundo, con independencia de la voluntad del Estado al que pertenezcan”.²⁷⁴ En seguida, añade GIL GIL que: “No se concibe un Derecho penal internacional que no sea de *ius cogens*, es decir, del que los Estados pudieran voluntariamente eximir a sus ciudadanos.”²⁷⁵

Todavía más, refiriéndose al modelo de aplicación directo e indirecto, sostiene: “Lo cierto, en mi opinión, que la naturaleza del órgano que aplique la sanción no desvirtúa el carácter internacional del delito, una vez que hemos rechazado una definición formal del mismo”.²⁷⁶

²⁷⁴ GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, ob. cit., p. 53.

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ Ibidem, p. 59.

Sorprendentemente, más adelante, basándose principalmente en argumentos de derecho positivo interno, rechaza la posibilidad de la aplicación directa de los crímenes internacionales, llegando incluso a sostener que los tribunales españoles nunca podrían aplicar un tratado internacional, sino que España tiene la obligación de dictar la correspondiente ley castigando dichos delitos, y que de no hacerlo, se genera responsabilidad internacional para el Estado, pero no puede un tratado crear automáticamente un nuevo ámbito punible.²⁷⁷

Tras citar el artículo 25.1 y 81.1 de la Constitución Española, concluye que sólo por ley orgánica es posible crear delitos y penas. Reconoce que, según el artículo 96.1 de la misma carta fundamental los tratados internacionales suscritos y ratificados por España, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado, “se incorporan automáticamente sin necesidad de una norma de transformación o de ejecución”, pero que pese a ello, “no se transforman en la requerida ley en sentido formal”.²⁷⁸

En cuanto al derecho internacional general (costumbre y principios generales), indica que éste sí vincula a los tribunales españoles, pero cierra la puerta a esta posibilidad, por tratarse de normas incompletas que no asignan la sanción correspondiente a cada delito por lo que, afirma, “deberemos negarles el carácter *self-executing* y, por tanto, tampoco podrán los tribunales españoles castigar una conducta aplicando exclusivamente el derecho internacional general” debiendo necesariamente existir una ley de desarrollo.²⁷⁹

Refiriéndose a la llamada garantía formal o democrática, indica que “aunque admitiéramos que los tratados tienen un rango superior a las leyes, un tratado celebrado

²⁷⁷ Ibidem, p. 95.

²⁷⁸ Ibidem, p. 93 – 95.

²⁷⁹ Ibidem, p. 95.

sin la intervención del Parlamento no respondería a las exigencias del principio de legalidad”, y si en él han intervenido las Cortes, de todas formas sería necesaria una ley orgánica.²⁸⁰

Finalmente y por no citar más argumentos, GIL GIL se refiere al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y sostiene que aun cuando España formara parte del tratado o se viera afectada por el mismo “como norma de *ius cogens*”, para que el código fuera aplicable sin infringir el principio de legalidad, “debería ser introducido en nuestro ordenamiento mediante ley orgánica”.²⁸¹

Casi idéntica posición sustenta Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, quien afirma que el principio de legalidad internacional “acusa un déficit democrático al admitir la imposición de penas por delitos que no han sido configurados por los parlamentos nacionales”,²⁸² o también cuando señala, basándose en la Constitución Española, que en modo alguno un tratado puede desempeñar la función criminalizadora, función que corresponde única y exclusivamente a la Ley Orgánica,²⁸³ llegando incluso a señalar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es Inconstitucional.²⁸⁴ Rechaza también la admisión de la costumbre y los principios generales como fuentes del derecho penal internacional, porque afecta la seguridad jurídica y no limita el ejercicio arbitrario del

²⁸⁰ Ibidem, p. 97 – 98.

²⁸¹ Ibidem, p. 104.

²⁸² ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, ob. cit., p. 51.

²⁸³ Ibidem, p. 55.

²⁸⁴ Ibidem, p. 86.

ius puniendi,²⁸⁵ por lo que, sólo el derecho interno puede establecer delitos en España, requiriéndose siempre de trasposición.²⁸⁶

3.2. Posiciones a favor

Primeramente, FERNÁNDEZ PONS sostiene que los “crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos son tipificados autónomamente en virtud de las fuentes propias del ordenamiento jurídico internacional, siendo punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional”.²⁸⁷ Más adelante el autor se refiere a los problemas de incorporación y autoejecutabilidad, y a la ausencia de penas específicas en las convenciones y en la costumbre internacional, por lo que acaba finalmente siendo necesario el “soporte” de la legislación interna,²⁸⁸ y recuerda que en el caso Pinochet ante la justicia española, los hechos del dictador chileno fueron calificados como Genocidio en una interpretación amplia de la Audiencia Nacional, pese a que las conductas imputadas podrían subsumirse, más claramente, bajo la noción de “crímenes contra la humanidad”.²⁸⁹

Trae a colación el caso Pinochet nuevamente, pero esta vez ante la Justicia belga, donde se efectuó una “audaz interpretación del principio de legalidad penal, inspirada en una concepción material del mismo,” superando las dificultades de la falta de tipificación en la legislación penal interna del delito de crímenes contra la humanidad en aquel momento, por cuanto entendió que era el delito que más se ajustaba a la conducta

²⁸⁵ Ibidem, p. 49.

²⁸⁶ Ibidem, p. 50.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ PONS, Xavier, ob. cit., p. 12.

²⁸⁸ Ibidem, p. 14.

²⁸⁹ Ibidem, p. 15.

imputada.²⁹⁰ El Juez argumentó que el delito era parte del ordenamiento jurídico basado en el derecho consuetudinario internacional y, ante la falta de penalidad, la misma podía obtenerse integrando las correspondientes infracciones, en virtud del derecho penal común, que normalmente establece penas más bajas que las que merecería un crimen contra la humanidad, preservándose así el principio de legalidad de la pena.²⁹¹

Manuel OLLÉ SESÉ, junto con adherir al principio de legalidad internacional en la fórmula *nullum crimen sine iure*,²⁹² y al carácter de *ius cogens* de las normas que consagran los “crímenes de primer grado” mediante el sistema de interacción de fuentes,²⁹³ sostiene que “no se trata de combatir el clásico principio de legalidad interno, ni siquiera de reformularlo, sino de conjugar dos principios, el de legalidad interna y el de legalidad internacional,”²⁹⁴ considerando además, que la tipificación interna refuerza la legalidad internacional.²⁹⁵ En cuanto a la pena concreta a imponer ante la ausencia de penalidad en el orden interno, en un sentido semejante al Juez belga del caso Pinochet, propone recurrir a la pena establecida para los “delitos subyacentes” al crimen internacional.²⁹⁶

3.3. Argumentos y soluciones de la doctrina internacional

Lo primero que uno puede apreciar es que, con bastante realismo, varios autores desmitifican que la incorporación de las normas penales internacionales y su posterior

²⁹⁰ Ibidem, p. 16.

²⁹¹ Ibidem, p. 17.

²⁹² OLLÉ SESÉ, Manuel, ob. cit., p. 582.

²⁹³ Ibidem, p. 561 y ss.

²⁹⁴ Ibidem, p. 573.

²⁹⁵ Ibidem, p. 579.

²⁹⁶ Ibidem, p. 580.

desarrollo para darles ejecutabilidad, resuelvan todos los problemas en cuanto al principio de legalidad, sino más bien, resuelve algunos pero provoca otros.

ZAHAR y SLUITER nos dicen que, incluso cuando los Estados cumplen con sus deberes, la incorporación presenta problemas porque en la trasposición es posible ampliar o disminuir el ámbito de aplicación de la norma internacional. Un ejemplo claro de restricción se produce cuando los crímenes internacionales son perseguidos únicamente como si fueran un crimen de derecho interno. Un ejemplo de extensión sería si al tipificar internamente el genocidio se incluyera además a un grupo político.²⁹⁷ Con esto, diferirán el derecho internacional y el interno.

FERDINANDUSSE destaca que cuando una criminalización internacional es transformada en derecho nacional y la misma es incompleta o difiere de su formulación internacional, la confianza en el derecho nacional puede conducir a los individuos erróneamente a asumir que su conducta se conforma con el derecho internacional.²⁹⁸ Esto puede traer severos problemas en el evento en que la persona sea juzgada ante un tribunal internacional, donde lo que se aplicará será el derecho internacional, creándose legítimos problemas esta vez en cuanto a la previsibilidad.

Dicho esto, los autores hacen notar que en el ámbito del derecho penal internacional hay una gran diferencia con otro tipo de normas internacionales que pueden tener un contenido penal, las que establecen delitos como la piratería, la delincuencia transnacional, o incluso, las que establece la Unión Europea, donde los destinatarios de las normas son los Estados, quienes se comprometen a incorporar y dar efecto interno a los delitos concordados en el tratado. En el ámbito de la auténtica criminalidad

²⁹⁷ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, ob. cit. p. 494.

²⁹⁸ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit., p. 240.

internacional o los *core crimes*, las normas se dirigen directamente al individuo. Por ello, desde la perspectiva del derecho internacional no hay impedimentos para un efecto directo del derecho penal internacional a nivel nacional.²⁹⁹

Por otra parte, se afirma que si hemos estimado que el principio de legalidad internacional es una salvaguarda suficiente para el individuo en cuanto a la previsibilidad y la seguridad jurídica, no se ve razón para que ello deba ser distinto tratándose de la persecución penal de los mismos crímenes en el ámbito interno. El principio de legalidad interno está orientado a regular la persecución de crímenes que no son comparables con los *core crimes* en términos de la previsibilidad.³⁰⁰

En este sentido, se afirma que la relevancia de las leyes nacionales de implementación es finalmente limitada. El derecho nacional sólo puede informar a los individuos acerca de la aplicación de un sistema jurídico particular entre muchos y la persecución nacional de este tipo de crímenes generalmente se sostiene sobre la base del principio de jurisdicción universal, esto es, contra extranjeros, los cuales no están familiarizados en ese sistema jurídico concreto, e incluso muchas veces ni siquiera hablan el idioma. En estos casos especialmente, sólo es apropiado mirar al derecho internacional más que al derecho interno.³⁰¹

²⁹⁹ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, ob. cit. p. 491.

³⁰⁰ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit., p. 266.

³⁰¹ Ídem.

3.4. Penas internas para crímenes internacionales

El verdadero problema que presenta la aplicación directa de los crímenes internacionales es la ausencia de penas específicas en las normas internacionales que los contemplan. Pero sobre el punto, recordemos nuevamente que, como dijera QUINTANO RIPOLLÉS, los delitos internacionales conllevan sanción, la sanción existe, siendo únicamente el *quantum* lo que se ignora, lo que de alguna manera entra en el juego de aplicación judicial de las penas.³⁰²

En este sentido, una alternativa que se ha vislumbrado ha sido recurrir a la pena establecida para los delitos subyacentes (como propone OLLÉ SESÉ y anunciaba el Juez belga en el caso Pinochet). Entiendo que este es el sistema que ha seguido tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo en el *caso Scilingo*, aunque con distintos matices. La Audiencia Nacional condenó por crímenes contra la humanidad, aplicando el delito internacional directamente, pero a la hora de determinar la penalidad, aplicó las penas de los delitos subyacentes, de los homicidios, detención ilegal y tortura. El Tribunal Supremo condenó por los homicidios y detenciones ilegales, esto es, por delitos comunes, estimando que, “además”, tales delitos comunes configuran un delito contra la humanidad. En este último caso, estamos en presencia de lo que alguien ha denominado “criterio de la doble subsunción”, según el cual “los crímenes son sancionados de acuerdo a los tipos penales existentes en la ley interna en el momento en que fueron cometidos (en respeto al principio de irretroactividad de la ley penal) aplicándose a ellos consecuencias especiales provenientes de las leyes internacionales

³⁰² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 105.

(como la imprescriptibilidad y la inamistiabilidad previstas en el derecho consuetudinario internacional para los crímenes de lesa humanidad).”³⁰³

Otra alternativa ha sido sostener que el principio de legalidad de la pena no requiere la indicación de la penalidad específica, porque existiría un principio general de derecho internacional que declararía que, los más serios crímenes merecen la más severa penalidad disponible. Concordantemente, esta aproximación autoriza a los tribunales nacionales a sancionar los *core crimes* en base al derecho penal internacional aplicando la más estricta penalidad disponible en su derecho nacional. El tribunal para la ex Yugoslavia se basó en el principio general de derecho internacional reconocido por la comunidad de naciones por el cual la más severa penalidad puede ser impuesta para los crímenes contra la humanidad. Así lo sostuvo en el caso *Erdemovic* y con un razonamiento similar en el caso *Delalic*. El Tribunal para Ruanda parece adoptar la misma aproximación en términos más implícitos en el caso *Akayesu*.³⁰⁴

³⁰³ MARX, Iván Claudio, *Justicia Transicional. Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última dictadura militar en Brasil*. Buenos Aires, Ediciones Al Margen, p. 228

³⁰⁴ FERDINANDUSSE, Ward, ob. cit., p. 254.

CONCLUSIONES

En una sociedad como la nuestra, inserta en una cultura de la legalidad,¹ que la respuesta y la conclusión final de este trabajo sea tener que aceptar el “canje a la baja” de un principio de legalidad por un principio de juridicidad, desde el *nullum crimen sine lege* a un amplio *nullum crimen sine iure*, sin duda que puede resultar decepcionante. Sin embargo, ello es sólo aparente, ya que los conceptos accesibilidad y previsibilidad en ocasiones han demostrado ser los suficientemente rigurosos como para corregir a un Estado efectúa un cambio jurisprudencial y lo aplica retroactivamente, lo que se encontraba validado por todas las instancias internas, incluido el control Constitucional.²

En la primera parte revisamos la comprensión tradicional sobre el principio de legalidad en el derecho codificado, particularmente en el derecho interno español, no obstante introducir algunos matices e insistir en cuanto a una adecuada lectura de sus significados y fundamentos. En suma, de lo que se trata es de que el derecho penal goce de legitimidad democrática y que el principio de legalidad sea un límite frente al poder estatal, para que el ciudadano siempre pueda “saber a qué atenerse”.³

En otro acápite revisamos algunas breves nociones de lo que entenderíamos por derecho penal internacional, concluyendo que más allá de la denominación, el problema central y que incide finalmente en todas las conclusiones posteriores, dice relación con su

¹ SAUCA CANO, José M^a, “Cultura de la legalidad. Bosquejo de Exploraciones Conceptuales y metodológicas”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 22, junio 2010, pp. 11 – 24

² Me refiero a la llamada doctrina Parot

³ Expresión empleada por DIEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 471

contenido. Allí entonces, adelantamos que nos ocuparíamos de la criminalidad auténticamente internacional, de los delitos que emanan del derecho internacional y que vinculan directamente al individuo. Si hubiésemos adoptado otra aproximación, el resultado final probablemente también habría sido distinto. Observando en perspectiva la evolución que ha experimentado el derecho penal internacional y el principio de legalidad, lo primero que uno puede apreciar es que los primeros intentos que se hicieron para establecer una justicia internacional de carácter penal fracasaron, precisamente porque no se contemplaba la aplicación de ninguno de los elementos del principio de legalidad. La respuesta del Gobierno de los Países Bajos a la solicitud de extradición del Kaiser Guillermo II, evidencia que no existía un delito en base al cual emprender un juicio real. Este defecto fue corregido parcialmente en los juicios de Núremberg y Tokio, donde si bien al menos existía una *lex scripta* en los Estatutos de ambos tribunales, la misma no era *praevia, ni stricta, ni certa*, aun cuando la elocuencia del primer defecto opacó a los segundos. No obstante estos tres defectos, los juicios fueron llevados adelante, con las consabidas críticas en cuanto a la retroactividad y a la forma en la cual los tribunales fueron establecidos, quedando etiquetados como una “justicia del “vencedor”.

Tamaños defectos dejaron una huella profunda que puso en alerta a la comunidad internacional sobre la urgente necesidad de darles pronta solución de cara al futuro. A ello obedecen los Principios de Núremberg, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, el proyecto de un Tribunal Penal Internacional, como también la tipificación internacional de los principales crímenes, en la Convención contra el Genocidio de 1948 y las de Ginebra de 1949, así como otras posteriores.

La llamada Guerra Fría, haciéndole honor a su nombre, enfrió y prácticamente congeló el avance y consolidación del nasiente derecho penal internacional.

En otro escenario político internacional, se produjo una reactivación acelerada de todo lo pendiente, creando Naciones Unidas dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, en tanto avanzaron a pasos agigantados los proyectos de Código y Corte, que se fundieron finalmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Menores objeciones se han cernido sobre los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, ya que si bien la forma en que fueron creados merece varias dudas y críticas, nadie podría decir que se trata de una justicia del vencedor, siendo evidente además que existe un respeto no sólo a la *lex scripta*, sino además a la *lex praevia*, girando las críticas más bien en cuanto a la *lex stricta* y *certa*. Algunas interpretaciones extensivas o “adaptativas” a las nuevas circunstancias, la falta de precisión sobre las amplias definiciones de los crímenes, son las principales objeciones.

Con pleno conocimiento de este escenario, el Estatuto de la Corte Penal Internacional es adoptado por una conferencia de plenipotenciarios, lo que en términos internacionales parece ser de una legitimidad incuestionable. El Estatuto contiene avances trascendentales como consagrar el principio expresamente, prohibiendo la retroactividad, la analogía, las interpretaciones extensivas, y consagrando explícitamente el principio *pro reo* o pro imputado en la interpretación y aplicación del Estatuto. Además, el Estatuto define los crímenes con una precisión hasta entonces nunca antes vista, estableciendo todavía mayor precisión en los Elementos de Crímenes, los cuales también han sido aprobados con un *quórum* especial por la Asamblea de Estados parte. Se enumera jerárquicamente el derecho aplicable y se aboga por el recurso a decisiones anteriores de la propia Corte, con el fin de que cada fallo vaya

creando jurisprudencia, lo que se enmarca en la misma dirección de brindar mayor seguridad jurídica.

Desde la perspectiva de un jurista de derecho continental codificado, se aprecia que el principio de legalidad se ha ido consolidando de la misma forma en que el propio derecho penal internacional lo ha hecho.

Desde la perspectiva de un jurista del *common law*, el derecho penal internacional nació de la mano del derecho anglosajón y se ha ido acercando cada vez al derecho codificado. Siendo ello cierto, debe añadirse que también se puede apreciar que el propio *common law* se ha ido paulatinamente acercando a una concepción del principio de legalidad más estricta, más garantista, más acorde con su condición actual de ser un derecho humano, como vimos en la tercera parte. Allí mismo, pudimos ver que ha sido precisamente un tribunal de derechos humanos, el Tribunal Europeo, el que ha debido enfrentarse a la tarea de compatibilizar el *common law* y el *civil law* y la particular forma en la que cada uno de ellos concibe el principio de legalidad, lo que ha hecho bajo las nociones generales de “accesibilidad” y “previsibilidad”. Dadas estas exigencias, seguir hablando de la existencia de un “derecho no escrito” parece un anacronismo y una impropiedad de lenguaje.

Si bien estas nociones de accesibilidad y previsibilidad han sido elaboradas a partir de casos de derecho penal interno, han sido recogidas y aplicadas por los tribunales penales internacionales de Naciones Unidas, particularmente por el Tribunal para la ex Yugoslavia, y aquí se ha recurrido a la gravedad de la infracción cometida y al derecho interno respectivo, para evaluar si para el acusado era accesible y previsible la ilicitud de su conducta.

Por todo ello, la doctrina ha entendido que, en el derecho penal internacional, el principio de legalidad puede ser mejor expresado como principio de juridicidad o *nullum crimen sine iure*, concepción que incluye no sólo a los tratados internacionales, sino a la costumbre y a los principios generales de derecho como fuentes formales de los delitos internacionales. Mientras existe consenso en cuanto a incluir los tratados internacionales, las dudas surgen al momento de aceptar a la costumbre y sobre todo a los principios generales dentro del principio de legalidad internacional. Pero, las dudas se disipan o disminuyen al menos, si concordamos en que los crímenes internacionales que forman parte del derecho penal internacional son únicamente los *core crimes* o crímenes fundamentales o nucleares, esto es, el crimen de agresión, los crímenes de guerra y contra la humanidad, los mismos establecidos en Núremberg, además del genocidio que tiene su propia convención. Se trata de crímenes de sobra conocidos por toda la comunidad internacional. Todos estos crímenes internacionales forman parte del *ius cogens* y son universalmente aplicables, con independencia de que los Estados penalicen o no tales conductas en su derecho interno. Estas normas están dirigidas directamente al individuo y no a los Estados, son accesibles, previsibles, conocidas en el mundo entero, con independencia del soporte que las contenga, esto es, la fuente concreta que se invoque para su aplicación.

Pero el “pariente pobre” (si se me permite la expresión) de toda esta evolución, es sin duda alguna el principio *nulla poena sine lege*. Existe consenso en considerar que los crímenes internacionales son punibles, desconociéndose el *quantum* de la pena. Se concuerda también en que al ser los crímenes más graves a nivel mundial debieran ser severamente sancionados. Sin embargo, las convenciones internacionales de derechos humanos previenen que nadie puede ser sancionado con una pena más severa que la

establecida con anterioridad al hecho, lo que indica que debiera conocerse previamente el grado o nivel de severidad de la sanción a fin de poder hacer comparaciones. Para satisfacer el principio de legalidad de la pena, en la actualidad los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda recurren a las penas que serían aplicables si la conducta fuese juzgada por los tribunales internos respectivos, con lo que, los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, podrían considerarse finalmente satisfechos, también con respecto a la pena. Esta norma no se recoge directamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino que se detallan una serie de factores a tener en consideración, algunos de carácter neutro y otros como atenuantes y agravantes, ninguno de los cuales es taxativo. El recurso al derecho aplicable de los tribunales que normalmente ejercerían jurisdicción, está establecido en el Estatuto de Roma en términos generales, pero no se recoge en las normas que se refieren a la determinación de la pena. Aquí hay un desafío entonces para la Corte, en el sentido de satisfacer el principio de legalidad de la pena mediante la precisión jurisprudencial de los factores establecidos en el Estatuto.

Los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda tienen como derecho aplicable su respectivo Estatuto, las convenciones, los instrumentos internacionales que contienen disposiciones penales internacionales, aplicándolos como principios o como costumbre. Si esto es así, y merece la pena insistir en ello, difícilmente puede sostenerse estos tribunales aplican un derecho “no escrito”. Ni siquiera los jueces del *common law* acuden a un derecho no escrito para fundamentar sus fallos, sino que se deben basar en precedentes, esto es, en sentencias previas, también escritas. Lo propio puede decirse del derecho aplicable que enumera jerárquicamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Un derecho no escrito, no podría satisfacer los requisitos de accesibilidad, primero, y de previsibilidad, después.

Reflexionando sobre lo dicho hasta aquí, otra conclusión se impone. Dentro del derecho aplicable, tanto en los Tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas como en la Corte Penal Internacional, está la posibilidad de acudir al derecho que aplicarían los tribunales internos que normalmente ejercerían jurisdicción. Ello pareciera ser adecuado en términos de satisfacer los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, pero evidencia al mismo tiempo que el derecho penal internacional es todavía un ordenamiento jurídico en etapa de consolidación, que no se basta a sí mismo, por lo que debe recurrir a otros sistemas jurídicos de referencia. Esta facultad de acudir al derecho interno, brinda mejor legitimidad al juicio concreto, pero puede generar disparidad de criterios entre un juicio y otro, y por ende, dificultar la consolidación del derecho penal internacional como un sistema jurídico autónomo.

En general, tanto la doctrina penal como la internacional, así como la propiamente penal internacional, no manifiestan demasiados reparos al concebirse el principio de legalidad internacional como *nullum crimen sine iure*, mientras este sea aplicado por tribunales internacionales. Los reparos y la disparidad de opiniones comienzan a la hora de plantear la aplicación de este estándar en el ámbito interno, tema que revisamos en la cuarta y última parte.

Mientras la negación del principio de legalidad en el ámbito interno para el juzgamiento de crímenes internacionales pareciera también ser un asunto ya superado, existe jurisprudencia reciente y opiniones doctrinarias actuales que plantean la flexibilización o abiertamente la no aplicación del principio para casos excepcionales. Desde que el principio de legalidad ha sido elevado a la categoría de derecho humano o fundamental, estas opiniones no parecen ser aceptables, obedeciendo probablemente a un desconocimiento o una errónea comprensión del derecho penal internacional y del

principio de legalidad en el ámbito internacional, cobrando aquí relevancia la disparidad de criterios que se observa en cuando a la denominación y el contenido del derecho penal internacional.

Si entendemos que los crímenes internacionales son universalmente aplicables, que forman parte del *ius cogens* y que están contenidos en normas que se dirigen directamente al individuo y no a los Estados, y que estos *core crimes* o delitos fundamentales son punibles, generan responsabilidad penal internacional con independencia de lo que diga o no el derecho interno, entonces no es necesario plantear excepciones o flexibilizaciones, por cuanto estos crímenes existen en el ámbito internacional de manera autónoma.

En términos ideales, los Estados debieran cumplir con sus obligaciones internacionales e incorporar y dar ejecutabilidad a los crímenes internacionales, cuando ello es requerido por sus propias constituciones políticas. Cuando esto no ocurre o bien acontece tardíamente, se generan problemas porque buena parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, entiende que no se respeta el principio de legalidad establecido en su propio ordenamiento jurídico.

Visto el problema desde el derecho internacional, no hay infracción al principio de legalidad internacional; enfrentado el asunto desde el derecho interno, parece bastante difícil poder aceptar que normas y principios internacionales puedan primar o puedan ser preferidos a lo que dispone la Constitución Política interna. Es sólo así como se puede explicar que existan opiniones que incluso llegan a señalar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es inconstitucional.⁴

⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, ob. cit., p. 86

No obstante, hay diversas soluciones que se ofrecen, tanto por tribunales internos como por la doctrina, para intentar compatibilizar el principio de legalidad internacional con el interno. En el *caso Scilingo* en España, se ofrecen dos alternativas, cada una con sus propias fortalezas y debilidades.

Pero, cualquiera que sea la alternativa que se siga, lo más importante es evitar la impunidad de tan graves delitos internacionales, como también respetar el principio de legalidad, porque, aunque determinada por tribunales internos, la responsabilidad internacional de la conducta es precisamente ante la comunidad internacional y no frente a un Estado en particular. Lo propio ha ocurrido en otras latitudes, aplicando también el criterio de la doble subsunción.⁵

Sólo un juicio justo, respetuoso del principio de legalidad, podrá dar a las víctimas y familiares de víctimas lo que reclaman ante las puertas de tribunales nacionales, extranjeros e internacionales, nada más, pero nada menos, que justicia.

⁵ MARX, Iván Claudio, ob. cit., p. 228

BILIOGRAFÍA

AKHAVAN, Payam “The International Criminal Tribunal For Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”. *American Journal of International Law*, Vol. 90, N°3, 1996

ALDRICH, George, “Jurisdiction Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia”. *American Journal Of International Law*. Vol. 90, N° 1, January 1996

ALEXY, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, n°23, pp. 197 – 230

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el Principio de legalidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009

AMBOS, Kai, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 17, 2012, pp. 1 - 30

AMBOS, KAI, “Crímenes nucleares de derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana: a la vez, comentario de GBA JZ 2005, 311 y OLG, NStZ 2006, 117”. *Revista Penal*, N° 19, 2007

AMBOS, Kai, “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code”, *European Journal of International Law*, issue vol.7 N°4, 1996

AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, trad. Miguel Ángel Iglesias Río y Lucía Martínez Garay, revisado por Oscar Julián Guerrero. Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, 2007

AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Trad. Ezequiel Malarino. Bogotá, Temis, Konrad-Adenauer, 2006

AMBOS, Kai, “Los Fundamentos del *ius puniendi* Nacional; en particular, su aplicación entraterritorial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo – agosto de 2007

AMBOS Kai, *Temas de derecho penal internacional y europeo : derechos humanos, fines de la pena, "ius puniendi", responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*, Madrid, Marcial Pons, 2006

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, trad. Francisco de Pelsmaeker, Madrid, Reus, 2ª impresión de la 5ª edición, 2006

ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo – agosto 1983, pp. 9 – 46

ASHWORTH, Andrew, *Principles of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2009

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Dir. *El derecho penal internacional*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisdicción Penal Nacional y Violaciones Masivas a Los Derechos Humanos Cometidas en el Extranjero”. *El Derecho Penal Internacional*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, , Consejo General del Poder Judicial, 2001

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, Akal/iure, 5ª ed., 1998

BACIGALUPO, Enrique “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Ponds, 2012

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 2008, (publicación original de 1764)

BELING, Ernst von, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*. Trad. de Sebastián Soler, de las obras originales alemanas *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed. 1930 y *Die Lehre von Tatbestand*, 1930, Buenos Aires, Palma, 1944

BETTIOL, Giuseppe, *Dirito Penale. Parte Generale*. Verona, Padova, 8ª ed., 1973

BLANC ALTEMIR, Antonio, *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*. Barcelona, Bosch, 1990

BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza, 2010

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Ed. Debate, 1993

BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, selección, est. preliminar y trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 1985

BODINO, Juan, *Los seis libros de la República*, trad. Gaspar de Añastro Insunza de la lengua francesa y enmendados catholicamente con licencia de los inquisidores. Edición

y estudio preliminar por José Luis Bermejo Cabrero. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992

BRICOLA, Franco, *Teoría General del Delito*. Trád. Diana Restrepo, prólogo y anotaciones Massimo Donini, colaboración de Olmo Artale, Buenos Aires y Montevideo, B. de F., 2012

BUENO ARUS, Francisco, DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Sal Terrae, 2003

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español*, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, Trotta, 1997

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, Lima, Ara eds., colección Iustitia, 2005, Tomo I

BOUTROS-GHALI, Boutros, “The United Nations and Rwanda 1993-1996”. *The United Nations Blue Books*. Volume X, 1996

CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª ed. 1999

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después*. Madrid, Trotta, 1999

CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012

CASSESE, Antonio, *International Law*, second edition, New York, Oxford University Press, 2005

CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, second edition, New York, Oxford University Press, 2008

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Tecnos, 6ª ed., reimpresión de noviembre de 2004

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional*, trad. José L. De La Cuesta Arzamendi. Madrid, Tecnos, 1984

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *The Law Of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, With the collaboration of Petter Manikas. New York, Transnational Publishers, 1996

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 1999

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Dykinson, 3ª ed. 2002

DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, “La Cooperación Jurídica con la Corte Penal Internacional”, en *La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Madrid, Casa de América, 2001

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El Principio de Legalidad Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004

DEDES, Christos, “Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, trad. Carmen Alastuey Dobón, 2ª Época, núm. 9, 2002

DIAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 8ª ed. 1981, 6ª reimpresión, 1988

DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Pamplona, Thomson/Civitas, Aranzadi, 2008

EIROA, Pablo D., *Políticas del Castigo y Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009

EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985

ESPEJO YAKSIC, Nicolás, LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984 – Febrero de 2012)*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 2012

ESER, Albin, *Hacia un Derecho Penal Mundial*, Granada, Comares, 2009

FASSBENDER, Bardo, “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional”, en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano J, GUTIÉRREZ, Ignacio, editores, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010

FERDINANDUSSE, Ward, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Press, 2006

FERNANDES, Jean Marcel, *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires. Biblioteca Iberoamericana de Derecho (BIDE) (editoriales Temis, Ubijus, Reus, Zavalia), 2008

FERNÁNDEZ PONS, Xavier, “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 5, 2002

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez et. al., Madrid, Trotta, 10ª ed. 2011, 1ª reimpresión 2014

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts: mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, 2. Neudruck der 14. Aufl. Aalen, Scientia, 1973, parágrafo 20.- (Publicación original de 1847).

GAGARIN, Michael, *Writing Greek Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008

GALLANT, Kenneth, “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la retroactividad de los delitos y de las penas”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Ponds, 2012

GALLANT, Kenneth, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

GARCÍA GESTOSO, Noemí, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a *Los seis libros de la República* de J. Bodino”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 120, 2003

GARRORENA, Ángel, “Voces <<Ley>> y <<Reserva de ley>>”, en “*Temas básicos de Derecho Constitucional*”. Tomo I, Navarra, Civitas, 2001

GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*. Madrid, Tecnos, 1999

GIL GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005 núm. 7, pp. 1 – 18

HARRIES, Jill, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007

HARRIS, David, O’BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, et. al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009

HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, tad. Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995

HAVEMAN, Roelof. “The principle of legality”. HAVEMAN, Roelof; KAVRAN, Olga; NICHOLS, Julian (Eds.) *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*. Antwerp – Oxford – New York, Grotius Centre for international Legal Studies, Leiden University/Campus The Hague, Intersentia, 2003

HOBSBAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2009

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F. (dirs.), Barcelona, Bosch, 2013

HRUSCHKA, Joachim, “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, trad. de Juan Luis Fuentes Osorio, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, MONTIEL, Juan Pablo (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2012

HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 39, 1993, Madrid, pp. 81 – 114

HUERTA TOCILDO, Susana, “El Contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 511 – 543

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed. Corregida, 1997

JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Thomson-Civitas, 2003

JESCH, Dietrich, *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. de Manuel Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Olmedo, Granada, Comares, 5ª ed., 2002

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal. Tomo II*, Buenos Aires, Losada, 2ª ed., 1950

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, Buenos Aires, Losada, 4ª ed., 1964

KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, segunda edición, Madrid, Trotta, 2008

KLEFFNER, Jann, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, New York, Oxford University Press, 2008

KOSSKENNIEMI, Martti, *Sources Of International Law*, Aldershot, Burlington, Singapore, Sydney, Dartmouth Publishing, 2000

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid, Colex, 2011

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, nº2, 1987

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad. El Caso Scilingo.”, en *La Ley Penal; Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario*, 2007 núm. 34, pp. 69 – 77

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legalidad Penal y Reserva de Ley en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo – agosto de 1987

LEACH, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011

LINDE, Enrique, ORTEGA, Luis, SANCHEZ MORAN, Miguel GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coord.), *El sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1983

LOCKE, Jhon, *Two Treatises of Government*, edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1994 (publicación original de 1689 – 1690)

LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, “Sobre el derecho griego antiguo, como antecedente remoto del principio de legalidad penal”, en *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F. (dirs.), Barcelona, Bosch, 2013

MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*. Valencia, Universidad de Valencia, 1983

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Derecho Internacional Público, Parte General*. Madrid, Editorial Trotta, 4ª ed., 2005

MARX, Iván Claudio, *Justicia Transicional. Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última dictadura militar en Brasil*. Buenos Aires, Ediciones Al Margen

MAURACH, Reinhart, *Derecho pena. Parte general*. Trad. de Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994

MESTRE DELGADO, Esteban, “El Derecho Penal de la Unidad Europea”, *Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, compilado por José Luis de la Cuesta, Iñaki Dendaluze y Enrique Echeburúa, Donostia – San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989

MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites Constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, pp. 503 – 528

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general*. Trad. de Conrado A. Finzi, de la 6ª ed. Alemana de 1955, Buenos Aires, Din Editora, 1989

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Reppertor, 8ª ed., 2008

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, trad. P. Dorado, Bogotá, Temis, 2ª ed. 1999 (publicación original en alemán *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899),

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de, *Del Espíritu de las Leyes*, intr. TIERNO GALVAN, Enrique, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega, Madrid, Tecnos, 6ª ed., 2007

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el <<derecho penal del enemigo>>*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 8ª ed., 2010

NILSSON, Jonas, “The principle nullum crimen sine lege”. OLUSANYA, Olaoluwa. *Rethinking International Criminal Law: The Sustantive Part*. Groningen, Europa Law Publishing, 2007

NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil On Trial*. New Haven – London, Yale University Press, 1996

NUSSBAUM, Arthur, *Historia del Derecho Internacional*. Trad. de Francisco Javier Osset. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Serie C – Grandes Tratados de Derecho Privado y Público, 1949

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, “El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de derecho internacional penal*, Vol. I, Bogotá, 2013

OLLÉ SESÉ, Manuel, “El Principio de legalidad en el Derecho penal internacional: Su aplicación por los tribunales domésticos”. GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, coordinadores. *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, Edisofer, 2008 Tomo I

PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006

PELLET, Alain “Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie - poudre aux yeux ou avancée décisive?” *Revue générale de droit international public*, 1994, pp. 7-60.

PETERS, Anne, “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales” en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano,

GUTIÉRREZ, Ignacio, editores, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011

PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra, 2007

PRIETO SANCHÍS, Luis, en Prólogo al libro de LAMARCA PÉREZ, Carmen, *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid, Colex, 2011, pp. 7 – 15

QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen XLVI, 1994

QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia, Tirant Lo Blanch - Cruz Roja Española, 2005

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto francisco de Vitoria, 1955

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Navarra, Aranzadi, 3ra edición, 2002

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín, Navarra, Aranzadi, 4ª ed., 2010

RASCÓN, César, *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Tecnos, 3ª ed. 2008

REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al., Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch

REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*. Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1999

RODRÍGUEZ MOURULLO, D. Gonzalo Voz “Legalidad (Principio de) (Derecho Penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1978, Tomo XIV

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, (Título original *Du contrat social*, 1762), estudio preliminar y trad. de María José Villaverde, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2007

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Vicente Remesal, Madrid, Thomson – Civitas, 2003.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003

SARMIENTO, Daniel, MIERES, Luis, PRESNO, Miguel, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2007

SAUCA CANO, José M^a, “Cultura de la legalidad. Bosquejo de Exploraciones Conceptuales y metodológicas”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 22, junio 2010, pp. 11 – 24

SCHABAS, William, “Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. AMBOS, Kai y JULIÁN GUERRERO, Oscar, compiladores. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999

SCHABAS, William (Editor), *The Universal Declaration of Human Rights. The Travaux Préparatoires*, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City, Cambridge University Press (New York), 2013

SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio <<nullum crimen, nulla poena sine lege>>*, Buenos Aires, Hamurabi, 2006

SUNGA, Lyal, “La jurisdicción “ratione materiae” de la Corte Penal Internacional (arts. 5º a 10º del Estatuto de Roma)”. AMBOS, Kai y JULIÁN GUERRERO, Oscar, compiladores. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999

TEITEL, Ruti, “Genealogía de la Justicia Transicional”, *Justicia Transicional, Manual para América Latina*, Feliz REÁTEGUI, editor, Brasilia, New York, ICTJ – PNUD, 2011

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 1992

TRAHAN, Jennifer, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, Human Rights Watch, 2010

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Tomo I*, Madrid, Alianza Editorial, 13ª ed. revisada, 2004

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Tomo II*, Madrid, Alianza Editorial, 4ª ed. revisada y aumentada, 2007

VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN ROJIN, Arjen, ZWAAK, Leo (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006

VOLTAIRE, *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Madrid, Alfaguara, 1978

VOLTAIRE, “Comentario sobre el libro <<de los delitos y las penas por un abogado de provincias (1766)” en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 2008, (publicación original de 1764), pp. 127 – 174.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, Reus, 1926 – 1929

VON WEBER, Hellmut, “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, Núm. 86, Julio 2005

WEBER, Max, *El Político y el Científico*, Madrid, Alianza Editorial, trad. Francisco Rubio Llorente, sexta reimpresión, 2004

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez de la 11ª ed. alemana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed, 1993

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Jessberger, Florian; Burchards, Wulf; et. Al. colaboradores. DÍAZ PITA, María del Mar, coordinadora; Cárdenas, Claudia et. Al. traductores. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Jessberger, Florian; Burchards, Wulf; et. Al. colaboradores. DÍAZ PITA, María del Mar, coordinadora; Cárdenas, Claudia et. Al. traductores. 2ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011

ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran, *International Criminal Law, A Critical Introduction*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008

UNITED NATIONS, Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly, Official Records, Fiftieth Session, Supplement No. 22 (A/50/22), New York, 1995

NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en su 46° Período de Sesiones*. Asamblea General, A/49/335, 1° de septiembre de 1994

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en el 48° Período de Sesiones*. Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/19). Naciones Unidas, Nueva York, 1996

NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, Nueva York, 1996

NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, *ABC de las Naciones Unidas*. Nueva York, 1995

Tribunal Russell, sesiones de Estocolmo y Roskilde, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1969